

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



TESIS DOCTORAL

La apelación *reconvencional* civil y la apelación *adhesiva* penal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Álvaro Vidal Herrero

DIRECTOR

José Manuel Chozas Alonso

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



LA APELACIÓN *RECONVENCIONAL* CIVIL Y LA APELACIÓN *ADHESIVA* PENAL

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO: ÁLVARO VIDAL HERRERO

DIRECTOR PROFESOR Dr. D. JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO

Madrid, abril 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
RESUMEN	7
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	15

PARTE I

RECURSO DE APELACIÓN Y ADHESIÓN EN LA JURISDICCIÓN CIVIL

CAPÍTULO I

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS

A.- CONCEPTO	21
B.- FUNDAMENTO	27

CAPÍTULO II

EL RECURSO DE APELACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y TRAMITACIÓN

A.- ANTECEDENTES	31
B.- CONCEPTO	36
C.- TRAMITACIÓN	42
C.1.- FASE ANTE EL ÓRGANO <i>A QUO</i>	43
A) La interposición	43
B) La sustanciación	47
C.2.- FASE ANTE EL ÓRGANO <i>AD QUEM</i>	49

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN POR EL APELADO: LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»	
A.- ANTECEDENTES	51
B.- OBJETO	53
C.- DENOMINACIÓN.....	56
C.1.- ANTECEDENTES.....	56
C.2.- LA RECONVENCIÓN	59
C.3.- LA RECONVENCIÓN ES A LA PRIMERA INSTANCIA, LO QUE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» ES A LA SEGUNDA INSTANCIA	63
D.- PRESUPUESTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL».....	69
E.- EFECTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL».....	72
F.- LA LEGITIMACIÓN EN LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL».....	77
G.- LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» DEL APELANTE INICIAL.....	83
H.- LA «RECONVENCIÓN» A LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»	91
I.- LA REFORMA POR LA LEY 37/2011, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL Y LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL».....	93
I.1.- EL DESAPARECIDO PROBLEMA DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN TRÁMITE DE OPOSICIÓN, POR QUIEN PREPARÓ RECURSO DE APELACIÓN Y NO LO INTERPUSO: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 1ª), NÚM. 114/2006, DE 28 DE JUNIO, CONFORME A LA LEC ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 37/2011. Y LA CUESTIÓN DE LA FALTA DE PERSONACIÓN ANTE EL ÓRGANO <i>AD QUEM</i> TRAS LA REFORMA POR LA LEY 37/2011	94
A.- ANTES DE LA REFORMA POR LA LEY 37/2011: PREPARACIÓN Y FALTA DE INTERPOSICIÓN.....	94
B.- TRAS LA REFORMA POR LA LEY 37/2011: INTERPOSICIÓN Y FALTA DE PERSONACIÓN ANTE EL ÓRGANO <i>AD QUEM</i> . UN INEXISTENTE PROBLEMA.....	98
I.2.- EL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE PARTES: LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA POR EL APELANTE INICIAL EN EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN «RECONVENCIONAL»: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª), NÚMS. 865 Y 869/2009, DE 13 Y 18 DE ENERO DE 2.010:	101
I.3.- LA POSIBILIDAD DE FORMULAR APELACIÓN «RECONVENCIONAL» FRENTE A QUIEN NO TIENE LA CONDICIÓN DE APELANTE INICIAL. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚM. 127/2014, DE 6 DE MARZO.-	116

PARTE II

RECURSO DE APELACIÓN Y ADHESIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL

CAPÍTULO I

EL RECURSO DE APELACIÓN

A.- ANTECEDENTES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	123
I.- EN EL DERECHO ROMANO	123
II.- EN EL DERECHO COMÚN	133
III.- EN LA ETAPA ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN PROCESAL HASTA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1.882	139
IV.- LA APELACIÓN DESPUÉS DE LA LECRIM	147
V.- A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978	158
VI.- LA REFORMA DE LA LECRIM. DE 2.015	167
A.- La generalización de la segunda instancia.....	174
B.- Las razones constitucionales	175
C.- La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	181
D.- La nueva doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la STC 167/2002, de 18 de noviembre	186
B.- SITUACIÓN ACTUAL DEL RECURSO DE APELACIÓN	191
C.- LO SUPERFLUO DE DISTINGUIR ENTRE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y SENTENCIAS CONDENATORIAS.....	197

CAPÍTULO II

LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN

A.- JUSTIFICACIÓN DE LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN.....	221
B.- LA FINALIDAD DE LA ADHESIÓN (Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA <i>REFORMATIO IN PEIUS</i>)	227
C.- LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PENAL.....	237
I.- DENOMINACIÓN.....	238
II.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	241

D.- TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	253
I.- EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.....	253
A.- Frente a las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción, salvo las que pongan fin al proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre	253
B.- Frente a los autos que suponen finalización del proceso, por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, y frente a sentencias	256
II.- EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO	256
A.- Frente a resoluciones interlocutorias.....	256
B.- Frente a sentencias (dictadas en el procedimiento abreviado, en el procedimiento ordinario ex art. 846.ter LECrim., en los juicios rápidos ex art. 803.1 LECrim., en los juicios por delitos leves ex art. 976.2 LECrim., y en el procedimiento de decomiso autónomo ex. Art. 803.3.r.1 LECrim.)	258
1.- Interposición o formalización del recurso. Los motivos de apelación	259
2.- Sustanciación del recurso.....	263
3.- Decisión del recurso.....	269
III.- EN EL TRIBUNAL DEL JURADO	271
A.- Sentencias susceptibles de recurso, y órgano competente.-	275
B.- Legitimación para recurrir.-	276
C.- Tramitación del recurso.	277
1.- Interposición y sustanciación del recurso.-	277
2.- Decisión del recurso.-	281
D.- Los motivos del recurso de apelación, inicial o adhesivo.-	284
CONCLUSIONES.....	293
BIBLIOGRAFÍA.....	301
JURISPRUDENCIA ESTUDIADA.....	327

ABREVIATURAS

ALEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
Art./arts.	Artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BCPP	Borrador de Código Procesal Penal
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código civil
CDH	Comité Europeo de Derechos Humanos
CE	Constitución Española de 1.978
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
<i>Cfr.</i>	“ <i>confere</i> ”, comparar
Coord.	Coordinación
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
Ed.	Editorial
EV	Estatuto de la Víctima
FJ	Fundamento Jurídico
<i>Et al.</i>	“ <i>et alii</i> ”, y otros
Etc.	Etcétera
<i>Ibidem</i>	“ <i>ibid idem</i> ”, “lo mismo”, obra recién citada
JUR	Jurisprudencia Base de Datos de Aranzadi
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882
LO	Ley Orgánica

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
Núm./núms.	Número/s
<i>Op. cit.</i>	“ <i>opus citatum</i> ”, obra citada
Pág./págs.	Página/s
PCPP	Proyecto de Código Procesal Penal
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RJ/RJA	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
ROCSJ	Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales
SAPr.	Sentencia Audiencia Provincial
Sent.	Sentencia
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STDEH/SSTEDH	Sentencia/s del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
Tít.	Título
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>Vid. infra</i>	“ <i>videtur infra</i> ”, véase abajo
<i>Vid. supra</i>	“ <i>videtur supra</i> ”, véase arriba

RESUMEN

Centramos nuestro estudio en la segunda instancia, fase procesal cuya finalidad es permitir el nuevo examen de una cuestión litigiosa sobre la que ha recaído sentencia definitiva. Esta segunda instancia, tanto en la jurisdicción civil como en la penal, se abre a petición de parte, y de ordinario mediante la interposición del recurso de apelación (nos centramos sólo en el recurso de apelación que abre la segunda instancia, no en el que se interpone frente a resoluciones interlocutorias). Interpuesto el recurso de apelación, el apelado puede adoptar distintas posturas: guardar silencio, oponerse al recurso de apelación, e impugnar a su vez la sentencia en lo que le resulta desfavorable.

Los estudios, monografías, obras generales, y textos que de forma más o menos directa estudian, tratan, analizan y desarrollan el recurso de apelación son múltiples, como puede observarse en la bibliografía. Estudian el recurso de apelación desde sus antecedentes remotos a los más próximos; cuestionando, matizando y ampliando el concepto de recurso de apelación, distinguiéndolo de «*medio de impugnación*»; analizando su fundamento, la naturaleza jurídica, las distintas fases, y su tramitación. Sin embargo, no son tantos los autores que han estudiado de forma específica la concreta fase del recurso de apelación en la que nos queremos adentrar, de antiguo conocida y denominada, incluso con algún resquicio en nuestras vigentes Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), «*adhesión a la apelación*», «*apelación adhesiva*», «*apelación supeditada*» o «*adhesión incidental*» (como se denomina en el derecho procesal italiano).

Dividimos nuestro estudio en dos partes dedicadas a este concreto trámite, diferenciando entre la jurisdicción civil (Parte I), y la jurisdicción penal (Parte II). Ha sido necesario realizarlo de esta manera por varias razones: así como en la jurisdicción civil tenemos un texto uniforme y reciente como la LEC, en la jurisdicción penal tenemos una LECrim. del Siglo XIX, parcialmente modificada en multitud de ocasiones; en la jurisdicción civil la segunda instancia ha sido una máxima desde la época de *Las Partidas* de Alfonso X *El Sabio*, sin embargo en la jurisdicción penal la generalización de la segunda instancia, aunque se tenía prevista desde 2.013, no se ha llevado a cabo hasta el

año 2.015; así como en la LEC la regulación del recurso de apelación es uniforme, y con ello la institución de la «adhesión» al recurso en la que especialmente nos centramos, en la jurisdicción penal, hasta el año 2.015 se regulaba de forma separada con respecto de dos procedimientos específicos: el contemplado para la tramitación del recurso de casación, y el previsto para los delitos enjuiciados conforme a la Ley del Jurado de 1.995; y última, por la diferente configuración en una y otra jurisdicción, de manera que en la jurisdicción civil no hay discusión sobre el carácter autónomo de la adhesión, y en la jurisdicción penal se contempla la adhesión como autónoma pero en todo caso como supeditada al recurso inicial.

Con respecto a la jurisdicción civil, esbozamos la revisión del concepto de «recurso» que en sus distintas formulaciones se ha venido ofreciendo por la doctrina, para dar cobijo, no sólo a quienes ostentaron la condición de parte en la primera instancia, sino también a otros interesados a quienes afecta la resolución recurrida, como ocurre en las situaciones litisconsorciales, o con respecto de terceros a quienes los efectos de la resolución impugnada causan un gravamen o les resulta desfavorable.

Ofrecemos e intentamos justificar la denominación de apelación «reconvencional» que, aunque no es novedosa, sí es incipiente, y con la que tratamos de superar arcaicos convencionalismos arraigados en nuestra doctrina histórica, y adaptarnos al espíritu del legislador de 2000, manifestado en la Exposición de Motivos. Así, intentamos demostrar que en la jurisdicción civil no existen sustanciales diferencias entre la conducta del demandado que en la primera instancia va más allá de oponerse a la demanda formulando una auténtica pretensión frente a su demandante, y la conducta del apelado que, oponiéndose o no al recurso de apelación inicial, formula una pretensión genuina de la segunda instancia: la impugnación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable. Incluso la doctrina suele acudir precisamente a la figura de la reconvención para explicar el concepto, la naturaleza jurídica, el fundamento y los efectos de la impugnación de la resolución por el apelado y que nosotros denominaremos apelación «reconvencional».

Estudiamos interrogantes y situaciones que en la práctica no son fáciles de resolver relativos a la legitimación activa para interponer apelación «reconvencional», a los efectos, al riesgo que corren los principios de audiencia y contradicción, a la excepción que supone a la regla de preclusión, y un largo etcétera. Cuestiones respecto a las que a veces, con mejor voluntad que acierto, se llega en la doctrina y en la jurisprudencia a interpretaciones tan dispares que hemos considerado necesario tratar de arrojar algo de luz incluso ofreciendo otras alternativas interpretativas novedosas de las que estamos convencidos habrá tanto detractores como adeptos.

Comentamos desde nuestro particular punto de vista algunos de los casos que nos han parecido más significativos y que con respecto al trámite cuyo estudio abordamos, han sido resueltos por la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales, no siempre en forma satisfactoria y con frecuencia contradictoria, a pesar de que entre unos pronunciamientos y otros en alguna ocasión sólo han transcurrido escasos días. Muestra evidente de que la fase del recurso de apelación en la que nos centramos, a pesar de ser una de las grandes olvidadas por la doctrina, es de las que mayor riqueza casuística y controversia aporta en la práctica.

En la Parte II, referida a la jurisdicción penal, las cuestiones que abordamos con respecto a la adhesión a la apelación también tienen especial relevancia, si bien con la particularidad de que a diferencia de en la jurisdicción civil en la que contamos con un texto íntegro reciente, con frecuencia parcheado, pero relativamente homogéneo, en la jurisdicción penal trabajamos con una ley rituarial de hace cerca de dos siglos, igualmente parcheada y carente de homogeneidad, y un recurso de apelación cuyos principios informadores difieren sustancialmente con la jurisdicción civil.

En la jurisdicción penal la segunda instancia es el objeto de uno de los debates jurídico-procesales y constitucionales de mayor calado, en las últimas décadas, que ha tenido que resolver, aunque parcialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), enmendando la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) que desde la Constitución Española (CE) defendía el modelo de segunda instancia contemplado en el ordenamiento jurídico español. Es a partir de las Leyes de reforma de

la LECrim. 13/2009, de 3 de noviembre, y 41/2015, de 5 de octubre, cuando en España se ha llevado a cabo la generalización de la segunda instancia en la jurisdicción penal, que estudiamos partiendo de la evolución del recurso de apelación en esta jurisdicción desde la época del Derecho Romano hasta nuestros días, pasando por la primera LECrim. de 1.882, y la etapa desde la Constitución Española de 1.978 hasta nuestros días.

Con una regulación del recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia, que lo configura como supeditado, limitado a los motivos expresamente previstos, y diferenciando entre partes acusadoras y partes acusadas, se configura un sistema de apelación limitado, no exento de problemas que tratamos de analizar y cuestionar. Centrándonos en la institución de la adhesión al recurso de apelación, aplaudimos la generalización de la segunda instancia, revisamos la interpretación de la prohibición de la *reformatio in peius* y del principio de inmediación, criticamos el carácter supeditado de la adhesión al recurso, discutimos la diferenciación entre las partes a la hora de fundamentar el recurso, y defendemos un sistema de recurso de apelación que sin llegar a constituir un *novum iudicium* amplíe las facultades revisoras del órgano de apelación.

Concluimos el presente estudio proponiendo que se generalice la denominación de apelación «reconvencional» en las dos jurisdicciones para referirse a la institución de la adhesión; reformulamos el concepto de recurso; proponemos una regla que resuelva los problemas de legitimación para interponer apelación «reconvencional» en la jurisdicción civil; defendemos la ampliación de las facultades revisoras del órgano de apelación en la jurisdicción penal; discutimos la interpretación que hacen nuestros tribunales de la prohibición de la *reformatio in peius*; justificamos el principio de inmediación indirecta en la segunda instancia mediante la reproducción de la prueba grabada y practicada en la primera instancia; abogamos por la supresión de la diferenciación entre partes acusadoras y acusadas para la fundamentación del recurso de apelación que consideramos contraria al derecho de igualdad del art. 14 CE, así como del carácter supeditado de la apelación «reconvencional»; y justificamos la nueva redacción de varios preceptos de nuestra LECrim..

ABSTRACT

Our study is focused on the second instance, the purpose of which is the re-examination of legal disputes that may arise following a final ruling in a trial court. The second instance, both in civil and criminal jurisdiction, is opened upon request and through the filing of an appeal. In the case of this study, our focus is solely on appeals filed through the appeals court (not those originating from an interlocutory order). Once an appeal has been filed, the appellee can opt to remain silent, object to the appeal, and in turn, question the unfavourable sentence.

As can be seen in the bibliography, numerous texts, studies, monographs and general works have already addressed, developed and analysed the appellate procedure. Such works examine the evolution of the appellate procedure, questioning, analysing and amplifying the concept of the appeal. They also aim to distinguish the filing of an appeal from the act of challenging a sentence, analysing the foundations, legal nature, various phases and general proceedings of the appeals court. However, only a small number of authors centre their studies on the specific phase of the appellate procedure into which this study delves: the phase traditionally known, although perhaps with some loopholes in the existing Code of Civil Procedure (LEC) and Code of Criminal Procedure (LECrIm.), as the "adhesive appeal", "subordinated appeal" and "adherence to an appeal", or "incidental appeal" in Italian procedural law.

Although our study is dedicated specifically to the aforementioned phase of the appellate procedure, we have divided it into two parts, differentiating between civil jurisdiction (Part I) and criminal jurisdiction (Part II). This division was deemed necessary for several reasons. Firstly, whilst in civil jurisdiction the LEC is a standardised and contemporary text, in criminal jurisdiction, the LECrIm. originate from the XIX century and has undergone various modifications over the years. In civil jurisdiction, the appellate procedure has been a legal maxim since "The Partidas of Alfonso X the Wise", however in criminal jurisdiction, although the generalisation of the appellate procedure was envisioned from 2013, it was not actually put into effect until 2015. The LEC appellate procedure follows a standard regulation, and with it, the adherence to the

procedure on which we are specifically focused. On the other hand, until 2015 criminal jurisdiction was regulated depending on two specific procedures: one adhered to when petitioning to the Court of Cassation, and the other for those crimes brought to justice per the Jury Law of 1995. Finally, the underlying differences in the makeup of both bodies of law mean that in civil jurisdiction, there is no doubt about the autonomy of adherence, yet in criminal jurisdiction, adherence is considered autonomous yet always subordinate to the original appeal.

With regards to civil jurisdiction, our study outlines the revisal of the concept of filing an appeal and the various wordings provided by doctrine in order to protect all interested parties during the process. This includes not only the parties involved in the original trial, but also parties affected by the appealed decision, as is the case in joint litigations, and third parties to which a contested decision may demand the payment of a tax or result as unfavourable.

Our study aims to justify the use of the term «reconventional» appeal which, although not new, is becoming increasingly emergent, and is deeply rooted in our historic doctrine. We adapt ourselves to the spirit of the legislator of 2000, as expressed in the Statement of Motives, aiming to demonstrate that in civil jurisdiction, there are no substantial differences between the conduct of the defendant, who in a trial court goes beyond opposing a claim and formulates a genuine claim against the plaintiff, and that of the appellee who, whether they object to the initial appeal or not, formulates a genuine claim in the court of appeal, challenging the unfavourable sentence. Doctrine often refers specifically to the nature of reconvention when explaining the concept, legal nature, foundations and effects of the challenging of a decision by an appellee, and which to this end, we will term a «reconventional» appeal.

Our study considers issues and situations, that in practice are not easy to resolve; such as the taking of legal action to lodge a «reconventional» appeal, the risks posed to the principles of a fair hearing, and the exceptions implied by the rules of preclusion, among many other things. Issues, that at times arise in both doctrine and jurisprudence with the best intentions, are subject to such a range of interpretations that we have

considered it necessary to shed light on the matter, offering new, alternative interpretations which we are certain will draw as much criticism as they will support.

Our study discusses, from our own perspective, some of the cases we have considered to be the most significant. With regards to the part of the proceeding that this study addresses, they are cases which have been settled by the most recent jurisprudence of our courts, however not necessarily in a satisfactory way and often with contradictory results, despite that only a few days had passed between one declaration and the next. This amply demonstrates that the phase of the appellate procedure on which we are focused, in spite of being greatly overlooked by doctrine, is one which brings both rich casuistry and controversy to legal practice.

In the second part of this study, where we focus on criminal jurisdiction, we outline issues of special relevance regarding the adhesion to appeal. This is because, unlike in civil jurisdiction where we work within a recent and relatively homogenous, though at times patchy, procedural law, in criminal jurisdiction we work with a procedural law from almost two centuries ago, equally patchy and devoid of homogeneity. Furthermore, the principles of the appellate process differ substantially in both areas of law.

In criminal jurisdiction, the appellate procedure is a subject of legal and constitutional debate that has caused a great stir in the last decade. The European Court of Human Rights (TEDH) was called upon to resolve this debate, albeit partially, amending the doctrine of the Constitutional Court (TC) that, since the Spanish Constitution (CE), has defended the appellate procedure provided for by the Spanish legal system. Since the reform of the LECrim.13/2009 3rd November and 41/2015 4th October, Spain has put into effect the generalisation of the appellate procedure in criminal jurisdiction, which we study based on its evolution from Roman law to its current form, via the first LECrim. of 1882, and the period from the Spanish Constitution in 1978 until now.

With a regulation of filing appeals against sentences delivered in the trial court (considered as subordinate), limited to the reasons explicitly provided and with discrepancies between the plaintiff and the defendant, the appeals system is fundamentally limited and unexempt from the problems that we attempt to question and analyse. Focusing on the establishment of the adherence to an appeal, we applaud the generalisation of the appellate procedure, revise the interpretation of the prohibition of the *reformation in peius* and of the principle of intermediation, criticise the subordinate nature of the adherence to an appeal, argue the discrepancy between parties when it comes to substantiating the appeal and defend an appellate system that, without constituting a *novum iudicium*, magnifies the appellate body's revisory power.

Our study concludes by proposing that the term «reconventional» appellation be generalised in the both civil and criminal jurisdiction and used to refer to the establishment of the adherence. We redraft the concept of the appeal and propose a regulation that resolves the problems of litigation when applying for a «reconventional» appeal in the civil jurisdiction courts. We defend the amplification of the appellate body's revisory power in criminal jurisdiction. We argue the interpretation of the prohibition of the *reformation in peius* as made by our courts. We justify the principle of indirect intermediation in the appellate procedure through the reproduction of recorded and examined evidence and practiced in the trial courts. We advocate for the removal of discrepancies between plaintiffs and defendants for the basis of an appeal-which, along with the subordinate nature of the «reconventional» appeal, we consider against the right to equality in article 14CE, and we justify the rewriting of several precepts in Spanish criminal jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

La segunda instancia es una fase procesal cuya finalidad es permitir el nuevo examen de una cuestión litigiosa sobre la que ha recaído sentencia definitiva. Esta segunda instancia se abre a petición de parte, y de ordinario mediante la interposición del recurso de apelación¹ (nos centramos sólo en el recurso de apelación que abre la segunda instancia, no en el que se interpone frente a resoluciones interlocutorias)². Interpuesto el recurso de apelación, el apelado puede adoptar distintas posturas: guardar silencio, oponerse al recurso de apelación, e impugnar a su vez la sentencia en lo que le resulta desfavorable (art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC; y arts. 790.1.II, y 846.bis.b) y d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim.).

Son múltiples los estudios, monografías, obras generales, y textos que de forma más o menos directa estudian, tratan, analizan y desarrollan el recurso de apelación; desde sus antecedentes remotos a los más próximos; cuestionando, matizando y ampliando el

¹ Hasta la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011, y que entró en vigor el siguiente día 31 de octubre, había tres momentos ante el órgano *a quo*: preparación, interposición y sustanciación. La modificación afectó a dos cuestiones: por un lado a la tramitación del recurso de apelación en la primera fase, la que se lleva a cabo ante el órgano *a quo*, pues si antes podíamos distinguir la “preparación”, de la interposición y de la sustanciación, con la modificación debemos suprimir la preparación, e integrarla en la fase de interposición; por otro lado, a la determinación del objeto de la segunda instancia, pues si hasta la modificación podíamos afirmar que el objeto del recurso de apelación se concretaba sucesivamente hasta en tres momentos (dos necesarios y uno contingente), y que era tras esos tres momentos cuando podíamos afirmar que el *thema decidendi* había quedado definitivamente determinado, tras la reforma sólo podremos hablar de dos momentos: uno necesario, que es la interposición; y otro contingente, que es la apelación «reconvencional» o impugnación de la sentencia por el apelado.

Así pues, en lo que se refiere a este estudio, la principal modificación que se produce por la Ley 37/2011, es la supresión, al menos aparente, del trámite de “preparación” del recurso de apelación, y que como novedad con respecto de la LEC de 1881, se introdujo por el legislador en el artículo 457 suprimido en octubre de 2011, pasando su contenido a integrarse en el artículo 458 que era y es el dedicado a la fase de interposición del recurso. Por eso decimos que la supresión es aparente, pues en realidad lo único que se hizo con la reforma por la Ley 37/2011 es retrasar el momento en que el Letrado de la Administración de Justicia (denominado Secretario Judicial hasta la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), o en su caso el Tribunal, debe decidir sobre la admisibilidad del recurso. Las menciones que se hacían en el escrito de preparación (manifestación de voluntad de recurrir, la resolución que habrá de ser citada, y los pronunciamientos que se impugnan), desde la modificación se deben hacer en el escrito de interposición.

² Establece el artículo 455 LEC que además de las sentencias definitivas son recurribles en apelación “*los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale*”, como por ejemplo ocurre con el auto que pone fin al procedimiento por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto (art. 22.3), o con el auto que acuerde la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal (art. 41.2).

En la jurisdicción penal son recurribles en apelación las resoluciones del Juez de Instrucción (art. 216 LECrim.) en los casos determinados por la Ley (art. 217 LECrim.).

concepto de recurso de apelación, distinguiéndolo de «*medio de impugnación*»; analizando su fundamento, la naturaleza jurídica, las distintas fases, y su tramitación³. Sin embargo, no son tantos los autores que han estudiado de forma específica la concreta fase del recurso de apelación en la que nos queremos adentrar, de antiguo conocida y denominada, incluso con algún resquicio en nuestra vigente LEC, «*adhesión a la apelación*», «*apelación adhesiva*», o «*adhesión incidental*» (como se denomina en el derecho procesal italiano)⁴.

Partiendo de la aproximación al concepto de «recurso» y su fundamento en la jurisdicción civil, pretendemos esbozar, por razón de limitación de espacio, la revisión del concepto que en sus distintas formulaciones se ha venido ofreciendo por la doctrina, para dar cobijo, no sólo a quienes ostentaron la condición de parte en la primera instancia, sino también a otros interesados a quienes afecta la resolución recurrida, como ocurre en las situaciones litisconsorciales, o con respecto de terceros a quienes los efectos de la resolución impugnada causan un gravamen o les resulta desfavorable.

A continuación, tras una breve exposición de la tramitación del recurso de apelación ante el juzgado *a quo* y el órgano *ad quem*, afrontamos el estudio de la fase del recurso de apelación en la que especialmente nos centraremos: la prevista en el art. 461.1 LEC, consistente en lo que el legislador denomina «impugnación de la resolución» de primera instancia por el apelado; tradicionalmente denominada «adhesión a la apelación»

³ Entre otros, NOGUEIRA ROIG, L.; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, J.: «El recurso de apelación civil», en *Revista General del Derecho*, 1962, págs. 310 y ss., los autores tratan la cuestión en página y media de las aproximadamente setenta de las que consta su trabajo; HOYA COROMINA, J.: *El Recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi, Navarra, 2002, le dedica apenas tres páginas (119-121); ARAGONESES ALONSO, P.; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*. Civitas, Madrid, 2008, le dedican tan sólo catorce páginas (499-513) de las 953 que tiene su obra; NAVARRO HERNÁN, M.: *Recursos y otros medios de impugnación*. Dijusa, Madrid, 2001, le dedica apenas una página (103-104); y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001, le dedica siete (67-74) de las 333 de su obra.

MARTÍNEZ VAL, J.M.: «Reconvención y adhesión a la apelación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1965, págs. 109-114, en la página 109 apunta como motivo del olvido doctrinal que: «...sin duda porque el recurso estudiado lo es en sí y con relación a la demanda rectora y no a la reconvencional, que resulta olvidada casi siempre, cuando se expone la temática de la apelación ...».

⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M., *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, se dedica con profusión al estudio de la apelación «adhesiva», y es la base sustancial de GRAU PÉREZ, J. A.: *La impugnación del inicialmente apelado. Adhesión a la apelación*, Dijusa, Madrid, 2005.

o apelación «adhesiva», denominación de la que decide prescindir el legislador de 2000 por haber sido generadora de equívocos⁵.

En el presente estudio, modestamente ofrecemos e intentamos justificar, sin perjuicio de posterior desarrollo, la denominación de apelación «reconvencional» que, aunque no es novedosa, si es incipiente, y con la que tratamos de superar arcaicos convencionalismos arraigados en nuestra doctrina histórica, y así adaptarnos al espíritu del legislador de 2000, manifestado en la Exposición de Motivos⁶. Veremos que en la jurisdicción civil no existen sustanciales diferencias entre la conducta del demandado que en la primera instancia va más allá de oponerse a la demanda formulando una auténtica pretensión frente a su demandante, y la conducta del apelado que, oponiéndose o no al recurso de apelación inicial, formula una pretensión genuina de la segunda instancia: la impugnación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable. Incluso la doctrina suele acudir precisamente a la figura de la reconvención para explicar el concepto, la naturaleza jurídica, el fundamento y los efectos de la impugnación de la resolución por el apelado y que nosotros denominaremos apelación «reconvencional»⁷. Igualmente ocurre en la jurisdicción penal por parte de quien inicialmente decidió aquietarse con la sentencia de primera instancia, pero ante la decisión de recurrir de otra de las partes, decide ampliar el objeto de la segunda instancia.

Esta facultad de formular apelación tardía que establecen el art. 461.1 LEC y los 790.1.II y 846.bis.b) y d) LECrim. a favor del apelado que a su vez se convierte en apelante, plantea multitud de interrogantes y situaciones en la práctica no siempre fáciles de resolver. Interrogantes relativos a la legitimación activa para su formulación, a los efectos de la apelación que denominamos «reconvencional», al riesgo que corren los

⁵ Así al menos se justifica en la Exposición de Motivos de la LEC de 2000, en su apartado XIII: “*la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos*”, aunque lo cierto es que no prescinde del concepto sino de la denominación, con algún que otro olvido como el que se aprecia en el art. 527.1 LEC.

⁶ Apartado XIII, penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000.

⁷ RUIZ MORENO, J.M.: *La adhesión a los recursos de apelación y casación en el proceso penal*. Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 18, nos recuerda que GUASP DELGADO, J.: *Derecho Procesal Civil II*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág.218, señalaba que salvando las distancias, la adhesión presenta cierta afinidad con la reconvención regulada en el proceso civil.

principios de audiencia y contradicción, a la excepción que supone a la regla de preclusión, y un largo etcétera.

La interpretación conjunta de los distintos apartados del art. 461 LEC, ni es unánime, ni está ausente de complicaciones a la vista del conjunto de la regulación del recurso de apelación que se contiene en la ley rituarial civil. A veces, con mejor voluntad que acierto, se llega en la doctrina y en la jurisprudencia a interpretaciones tan dispares que hemos considerado necesario tratar de arrojar algo de luz incluso ofreciendo otras alternativas interpretativas novedosas de las que estamos convencidos habrá tanto detractores como adeptos.

Comentamos desde nuestro particular punto de vista algunos de los casos que nos han parecido más significativos y que con respecto al trámite cuyo estudio abordamos, han sido resueltos por la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales, no siempre en forma satisfactoria y con frecuencia contradictoria, a pesar de que entre unos pronunciamientos y otros, en alguna ocasión sólo han transcurrido escasos días. Muestra evidente de que la fase del recurso de apelación en la que nos centramos, a pesar de ser una de las grandes olvidadas por la doctrina, es de las que mayor riqueza casuística y controvertida aporta en la práctica.

Puesto que el artículo 4 de la LEC establece el carácter supletorio de dicho texto normativo para la jurisdicción penal, las cuestiones que abordamos tienen especial relevancia también para esta jurisdicción, si bien con la particularidad de que a diferencia de la civil en la que contamos con un texto íntegro reciente, con frecuencia parcheado, pero relativamente homogéneo, en la jurisdicción penal trabajamos con una ley ritual de hace cerca de dos siglos, igualmente parcheada y carente de homogeneidad, y un recurso de apelación cuyos principios informadores difieren sustancialmente con la jurisdicción civil.

Así en la jurisdicción penal, la segunda instancia es el objeto de uno de los debates jurídico procesales y constitucionales de mayor calado, en las últimas décadas, que ha

tenido que resolver, aunque parcialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante), enmendando la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) que desde la Constitución Española (CE) defendía el modelo de segunda instancia contemplado en el ordenamiento jurídico español. Es a partir de las Leyes de reforma de la LECrim, 13/2009, de 3 de noviembre, y 41/2015, de 5 de octubre, cuando en España se ha llevado a cabo la generalización de la segunda instancia en la jurisdicción penal.

Estudiamos la evolución del recurso de apelación en la jurisdicción penal desde la época del Derecho Romano hasta nuestros días, pasando por la primera LECrim. de 1.882, y la etapa de desde la Constitución Española de 1.978 hasta nuestros días.

Con una regulación del recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia⁸, limitado a los motivos expresamente previstos, y diferenciando entre partes acusadoras y partes acusadas, se configura un sistema de apelación limitado, no exento de problemas que tratamos de analizar y cuestionar. Centrándonos en la institución de la adhesión al recurso de apelación, aplaudimos la generalización de la segunda instancia, revisamos la interpretación de la prohibición de la *reformatio in peius* y del principio de inmediación, criticamos el carácter supeditado de la adhesión al recurso, discutimos la diferenciación entre las partes a la hora de fundamentar el recurso, y defendemos un sistema de recurso de apelación que sin llegar a constituir un *novum iudicium* amplíe las facultades revisoras del órgano de apelación.

⁸ Son recurribles en apelación las resoluciones definitivas de los Juzgados de lo Penal o Juzgados Centrales de lo Penal, en el procedimiento abreviado y los juicios rápidos (arts. 790 y 803 LECrim.), por los Juzgados de Instrucción en los delitos leves (art. 976 LECrim.), las sentencias dictadas en los procedimientos seguidos por los trámites de la LOTJ (art. 846.bis.a) LECrim.), las dictadas conforme a la LORPM (según su art. 41), así como, desde la entrada en vigor de la LO 41/2015, el pasado día 6 de diciembre de 2.015, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia (art. 846.ter LECrim.), y las dictadas por el órgano competente (art. 803.ter.f LECrim.) en el procedimiento de decomiso autónomo (art. 803.ter.r LECrim.). Sólo quedan excluidas las sentencias dictadas en primera instancia en los procedimientos sustanciados ante las Salas de lo Civil y Penal del TSJ y ante la Sala Segunda del TS

PARTE I

RECURSO DE APELACIÓN Y ADHESIÓN EN LA JURISDICCIÓN CIVIL

CAPÍTULO I

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS

A.- CONCEPTO

Nuestra legislación procesal configura los medios de impugnación como instrumentos procesales puestos a disposición de las partes para que éstas puedan obtener, previo el cumplimiento de determinados presupuestos y requisitos, la modificación, o incluso anulación, de las resoluciones judiciales sometidas a la falibilidad humana.

Ahora bien, con carácter previo hay que señalar una cuestión terminológica, pues no pueden confundirse «medio de impugnación» y «recurso», como no pueden confundirse el género y la especie⁹. Medios de impugnación son todos los instrumentos

⁹ GIMENO SENDRA, V.: *Proceso Civil Práctico*, La Ley, Madrid, 2002, T. V, págs. 684-685. La denominación no es pacífica en la doctrina, pues en ocasiones se opta por el término medio de impugnación e incluso por la consideración de procesos de impugnación instaurados con la finalidad de oponer obstáculos a la decisión recaída en el proceso principal, buscando una actividad depuradora que, si bien retrasa y demora el proceso de fondo, sirve para mejorar y comprobar sus resultados (GUASP). No obstante, esta tesis, carece de trascendencia en el derecho positivo, toda vez que el término «impugnación» está dotado de mayor amplitud que el de recurso, al abarcar también cualquier actividad de las partes enfrentada a la de la contraria. Así, la LEC, en su art. 461, acoge el término impugnación, en sustitución del término «adhesión», para el supuesto de que el inicialmente apelado no sólo se oponga al recurso sino que, a su vez, pida la revocación y sustitución por otra de la resolución ya apelada.

Otros autores como FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1992, págs. 482 y ss., al hablar de los medios de impugnación distinguen entre «remedios» y «recursos»: “Una tercera y para nosotros, fundamental clasificación, se basa en que sea o no el mismo juez o tribunal que dictó la resolución impugnada, quien resuelva sobre la impugnación de la misma (así, nacerá la distinción entre «remedio» —es el mismo juez resolutor el que reconsidera y resuelve sobre el medio de impugnación—) y «recursos propiamente dichos» —es otro juez o tribunal superior el que ve y resuelve sobre la impugnación de la resolución supuestamente viciada, emitida por el inferior”. Parece acudir así al sentido etimológico de la palabra «re-curso», «nuevo curso». Bien es cierto, que esta diferenciación terminológica no ha sido acogida en nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil, aunque como señala GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, op. cit., pág. 685: “bien se pudieran calificar como remedios, no recursos, además del recurso de reposición, los supuestos contemplados en el art. 214 (aclaración y corrección de resoluciones) y en el art. 215 (subsanción y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos)”.

En este sentido, podríamos sugerir una diferenciación más entre «remedios» y «recursos», toda vez que considerando entre los primeros los supuestos de los arts. 214 y 215 LEC, los «remedios» se

que el legislador pone a disposición de las partes para atacar una resolución judicial, con el fin de obtener o provocar su reforma, su anulación, o incluso su declaración de nulidad¹⁰. Así, los medios de impugnación abarcan cauces procesales que sirven a los fines indicados, pero que no pueden calificarse de recursos, como el incidente de oposición al embargo preventivo, o a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, o los medios de rescisión de sentencias firmes como lo era el mal denominado «recurso» de audiencia al rebelde. Los «recursos», sin embargo, siendo medios de impugnación de resoluciones, tienen un fundamento distinto. Aquéllos son medios de rescindir un efecto jurídico ya producido, y los «recursos» –en sentido estricto- son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca.

Centrándonos en los recursos, por éstos entiende DE LA OLIVA SANTOS “los instrumentos o institutos procesales de impugnación de resoluciones no firmes”¹¹. GIMENO SENDRA, por su parte, entiende por recurso el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior, y ello con la finalidad de aumentar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales, operando como remedio y como medio fiscalizador¹².

Más concreta, sin embargo, nos parece la definición ofrecida por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, cuando define el «recurso» como el acto de parte por el que se pide al

caracterizarían, a diferencia de los «recursos», en que con los primeros no es posible modificar la parte dispositiva de las resoluciones contra las que se dirigen, y con los segundos lo que se pretende precisamente es la modificación de la parte dispositiva de las resoluciones objeto de impugnación.

HOYA COROMINA, J.: *El Recurso de Apelación en la nueva ...*, op. cit., págs. 19-20, simplifica la cuestión, al señalar que «medios de impugnación» y «recursos», son dos formas de denominar lo mismo; la primera utilizada por la dogmática procesal, la segunda utilizada por el legislador, sin que pueda apreciarse confusión por el hecho de que el legislador en ocasiones se refiera a la impugnación, pues en última instancia, todo recurso supone la acción de impugnar.

¹⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La Segunda Instancia en ...*, op. cit., pág. 22. HOYA COROMINA, J.: *El Recurso de Apelación en LA Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2.002, pág. 19. MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de recursos en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pag. 31

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, pág. 298.

¹² GIMENO SENDRA, V.: *Proceso Civil Práctico*, op. cit., T. V, pág. 684.

mismo juez que dictó la resolución o a su superior jerárquico, que examine de nuevo y se pronuncie respecto de una cuestión fáctica o jurídica que ha sido objeto de dicha resolución y que resulta perjudicial para el recurrente para que la anule o la sustituya por otra más favorable al recurrente¹³.

Sin embargo, y atendiendo además al fundamento de los medios de impugnación, y por lo tanto, de los recursos, nos parece más completa la siguiente definición que ofrecemos¹⁴: *recurso es el remedio que el legislador pone a disposición de un interesado, que ostentando la condición de parte en el momento de su ejercicio, y dando cumplimiento a los presupuestos y requisitos legalmente previstos, pide al órgano judicial competente que examine y se pronuncie de nuevo sobre una cuestión fáctica o jurídica -bien sea jurídico-procesal, bien jurídico-sustantiva-, que ha sido objeto de una resolución judicial cuya parte dispositiva le resulta perjudicial, con el fin de que sea anulada o sustituida por otra que le resulte más favorable.*

Partiendo de esta formulación, son sus elementos definidores:

1º.- Es el acto de un interesado que en el momento de interposición del recurso ostenta la condición de parte. Precisamos que no ha de ostentar necesariamente esa condición de parte en el momento de producirse la resolución objeto de impugnación, sino que basta con que el interesado tenga dicha condición al tiempo de la interposición del recurso, satisfaciendo los requisitos de capacidad y postulación¹⁵. «Tercero procesal»

¹³ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F.: *Derecho Procesal Práctico*, Madrid, 1998. T. I, pág. 725.

¹⁴ La consideramos más adecuada por abarcar parte de la problemática que en el estudio concreto de lo que denominamos apelación «reconvencional», realizamos más adelante. Específicamente, al tratar la posibilidad de impugnación de la resolución de primera instancia, por quien no siendo apelante inicial, ni ostentando la condición de parte en la primera instancia, tiene interés en la resolución por la que se considera perjudicado y decide impugnarla en lo que le resulta desfavorable.

¹⁵ Piénsese en los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o el de casación (art. 500.1 LEC), que interpone un tercero que no ha sido parte en el proceso, pero que ha tenido conocimiento de la sentencia, como ocurre en el caso previsto por el art. 13 LEC: «El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte». Y en general, todos los casos de intervención previstos en el art. 13 LEC y en algún caso de los previstos en el art. 14 LEC.

es «quien no es parte»¹⁶. Pero aún no siendo parte es posible que el tercero ostente un interés directo o indirecto en la relación jurídica ventilada en el proceso, a quien puede afectar la resolución judicial aunque no haya intervenido en la primera instancia.

La posibilidad de intervención de este interesado «tercero procesal» ya se preveía incluso en Las Partidas, y en concreto en la Ley 4ª, Título XXIII, Partida 3ª, en la que se establecía: «*Tomar pueden alzada non tan solamente los que son señores de los pleytos o sus personeros quando fuere dado juicio contra ellos asi como desuso mostramos mas aun todos los otros á quien pertenesciese la pro et el daño que veniese de aquel juicio et esto serie como si fuese dada*»¹⁷; de donde se desprende que la facultad de recurrir se reconoce a cualquiera de los litigantes que se considere perjudicado («*la pro et el daño*»), y a un extraño al pleito, pero que tenga interés en la cosa litigiosa¹⁸. En este sentido, como señala AIKIN ARALUCE, “las Partidas establecen un criterio objetivo de legitimación procesal para apelar, que únicamente considera la relación de gravamen que se establece entre la sentencia objeto de recurso, y el sujeto actor del mismo. Según este criterio no solamente están legitimados para apelar las partes, que lo fueron en la primera instancia, sino cualquier tercero que pueda deducir un interés legítimo en la causa”¹⁹.

Así además lo reconoció el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 26 de febrero de 1859: “*puede apelar de la sentencia el que no ha litigado, con tal que le*

¹⁶ MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia, 2000, pág. 55.

¹⁷ Ya el propio título de la Ley 4ª lo sugería: “Que aquellos á quien tañe la pro ó el daño del pleyto sobre que es dado el juicio se pueden alzar”

¹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P; MONTALBÁN, J.M., *Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales*, Librería de Sánchez, Madrid, 1861, T I, págs. 175-176.

¹⁹ AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Reus, Madrid, 1982, pág. 102. Al respecto, y aunque ya hemos tratado de ello al hablar sobre el concepto de recurso, es expresiva la citada autora en la pág. 112, cuando señala que “el tema de la legitimación para apelar, tanto de las partes como de los terceros interesados, no tuvo mayor desarrollo a lo largo de seis siglos. Los autores del Siglo XIX citan todavía las leyes de las Partidas al tratar de la legitimación, y las Leyes de Enjuiciamiento simplemente no tratan la cuestión, sino que únicamente establecen una norma general sobre la capacidad procesal de las partes para comparecer en juicio, y respecto del proceso de apelación, asumen en general que el apelante y el apelado se corresponden con las partes que actuaron en la primera instancia y se les considera automáticamente legitimadas para intervenir en el proceso de segunda instancia”.

cause perjuicio”²⁰. Ese perjuicio que es precisamente el interés necesario para que el tercero pueda intervenir en el proceso en el que hasta este momento no había participado²¹.

Ahora bien, con esto no pretendemos afirmar que el tercero procesal, siempre y en todo caso que se considere perjudicado por la resolución judicial susceptible de recurso, tenga la posibilidad de interponer el recurso, y por tanto no afirmamos que todo tercero procesal está legitimado para recurrir en apelación -incluso hay un sector doctrinal que sostiene que en ningún caso los terceros pueden apelar-²². Lo que defendemos, junto con otro sector doctrinal, es que los terceros pueden recurrir siempre que sufran un gravamen como consecuencia de la resolución judicial²³. Esta posibilidad debe considerarse con carácter excepcional y cumpliendo algunas exigencias: fundamentalmente, que su personación sea admisible, o bien que el tercero haya podido ser parte en el proceso donde se dictó la resolución que se quiere apelar, actuando como interviniente o sustituto procesal²⁴.

²⁰ VICENTE Y CARAVANTES, J. de: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Imprenta de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1856, Vol. III, pág. 15, enumera casuísticamente los supuestos que pueden darse para que el tercero esté legitimado para apelar. GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948, T.1, pág. 1011, señala que cabe admitir la interposición del recurso por un tercero.

²¹ MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955. AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ..., op. cit.*, pág. 107.

²² A diferencia de la LEC de 1881 que no definía la legitimación, la LEC establece el concepto de parte procesal legítima en su art. 10: «*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*».

Entre los autores que sostienen que en ningún caso los terceros pueden apelar, podemos citar: DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, Vol. II pág. 214; y RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en ..., op. cit.*, pág. 118, quienes se basan fundamentalmente en limitación a las partes del proceso de los efectos de la cosa juzgada.

²³ GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pág. 1353. ORTELLS RAMOS, M., et al., *Derecho jurisdiccional II*, Barcelona, 1994, págs. 327-328. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «*Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos*», en *Revista General de Derecho*, nº 610-611, pág. 8676. MORÓN PALOMINO, M., *Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 353. Todos ellos citados por OROMÍ VALL-LLOVERA, S.: *El recurso de apelación en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 89.

²⁴ En cuanto al primero: ORTELLS RAMOS, M. et al., *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, pág. 327. En cuanto al segundo: CARNELUTTI, F., et al: *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T. III, Buenos Aires, 1944, Pág. 640.

Este sector doctrinal que se postula a favor de posibilidad de que el tercero procesal pueda impugnar en apelación la resolución judicial, parte de dos premisas: por un lado, de la identificación inicial entre gravamen y legitimación; y por otro lado, identificando perjuicio con los efectos perjudiciales de la cosa juzgada de la resolución judicial, bien porque le alcancen de forma directa, bien de forma indirecta o refleja, lo que se produce cuando el tercero es titular de una relación jurídica dependiente de la deducida en el proceso²⁵.

2º.- Se deduce ante el mismo órgano que dictó la resolución que se impugna, o en su caso, y dependiendo de la regulación normativa del recurso en concreto, ante su superior jerárquico, para que los resuelva aquél órgano al que la norma le atribuye competencia para conocer del recurso.

3º.- Se formula contra una resolución judicial. Hasta la entrada en vigor el día 4 de mayo de 2.010 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, las resoluciones recurribles (y no sólo revisables) eran dictadas por quien tenía jurisdicción en los términos previstos en la LOPJ. Con posterioridad a su entrada en vigor, las resoluciones del Tribunal serán providencias, autos y sentencias; y las del Letrado de la Administración de Justicia serán las diligencias de ordenación y los decretos.

4º.- Se produce en el mismo procedimiento en que la resolución impugnada se ha dictado. Todas las resoluciones judiciales se producen en el seno de un proceso, por quien tiene jurisdicción y/o competencia, con independencia de que puedan producir efectos respecto de otros procesos distintos.

²⁵ MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso*, Hispano Europea, Barcelona 1972, págs. 190 y ss., extrapola la doctrina de los efectos reflejos que ya formulara IHERING, aunque en relación con el derecho material, afirmando que los actos producen efectos directos y otros efectos indirectos o reflejos que pueden afectar a terceras personas unidas por nexos de dependencia con las primeras.

En el mismo sentido, puede consultarse CEDEÑO HERNÁN, M.: *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Comares, Granada, 1997, págs. 25 y ss.

5º.- Su fin es necesariamente la modificación, anulación o sustitución de la resolución impugnada. Aun cuando una característica necesaria de las resoluciones judiciales es que, por seguridad jurídica, deben ser invariables a partir de un determinado momento, incluso respecto del propio tribunal que las dicta, no se trata de una regla –la de la invariabilidad- de carácter absoluto, permitiéndose un cauce para que el tribunal pueda hacer cambios en la resolución: el recurso

6º.- La resolución objeto de impugnación debe producir un perjuicio al recurrente que pretende la modificación, anulación o sustitución (revocación).

B.- FUNDAMENTO

Los recursos encuentran su fundamento en la falibilidad humana, y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada, para lo cual se le da la posibilidad de impugnación que supone el recurso²⁶. Precisamente por eso, porque es la parte la que considerándose gravada o perjudicada por la resolución, puede interponer recurso, se justifica la limitación del sistema de recursos tanto en cuanto a la procedencia contra concretas resoluciones judiciales, como en cuanto a la exigencia de determinados requisitos o presupuestos para recurrir. Si no existiera esa limitación, los procesos se alargarían indefinidamente.

El derecho a recurrir está implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1CE. Es un derecho de configuración legal en el sentido de que es el Poder Legislativo quien tiene la facultad de determinar tanto el número y la índole de los recursos, como los requisitos que, en un recurso concreto, determinan su admisibilidad, de manera que su ejercicio está condicionado al cumplimiento de los requisitos

²⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1975, Vol. I, págs. 428-429.

legalmente establecidos²⁷. De ahí que el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales en el proceso civil –a diferencia del proceso penal- no nace de la Constitución sino de lo que en cada momento dispongan las leyes procesales²⁸.

Prevista en la ley la existencia de un recurso²⁹ (art. 448 LEC) o la posibilidad de impugnar una resolución judicial (art. 461 LEC), el legislador puede condicionar la *procedencia* y la *admisibilidad* del recurso a la concurrencia de los presupuestos y al cumplimiento de los requisitos que estime razonables (siempre con respeto de los principios constitucionales³⁰), para una vez superados y/o satisfechos poder decidir sobre

²⁷ La valoración acerca del cumplimiento de los requisitos es facultad exclusiva del órgano judicial, como expresan las Sentencias del TC Pleno 58/1995, de 10 de marzo; 149/1995, de 16 de octubre; 142/1996, de 16 de septiembre; Pleno 211/1996, de 17 de diciembre; 76/1997, de 21 de abril; 10/1999, de 8 de febrero y 221/1999, de 29 de noviembre, entre otras.

²⁸ Para la gran mayoría de los autores, el derecho al recurso en el proceso civil no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues éste no impone al legislador ordinario una regulación de ese proceso estableciendo recurso. Por ello afirman MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de juicio verbal*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 1189: “la conveniencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido, no se ha elevado a un elemento integrante de la tutela judicial efectiva, por lo que queda a la discrecionalidad política del legislador el prever o no recursos en el proceso”. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, V.: *Proceso Civil Práctico*, op. cit., T. V, pág. 684.

En el proceso penal, sin embargo, si es una exigencia constitucional, pues así lo establece el art. 14.5 PIDCP en lo que se refiere al derecho del condenado a someter el fallo condenatorio y la pena ante un tribunal superior y también en aquellos casos en los que se imponga la condena por vez primera al acusado en fase de apelación. La aplicación del PIDCP y los arts. 10.2 y 96.1 de la CE así lo exigen, como veremos más adelante (*vid. supra* Parte II, Capítulo I.A.VI). Véase en este sentido HINOJOSA SEGOVIA, R.: «Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho procesal*, 1.999, núm. 2.

²⁹ Reposición, en los arts. 451 a 454 LEC; revisión, en el art. 454bis LEC –introducido por el apartado 189 del art. 15 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de mayo de 2.010-; apelación, en los arts. 455 a 467 LEC; extraordinario por infracción procesal, en los arts. 468 a 476 LEC; casación, en los arts. 477 a 489 LEC; recurso en interés de Ley, en los arts. 490 a 493 LEC; y queja, en los arts. 494 y 495 LEC.

³⁰ Obvio resulta que el legislador no puede disponer, por ejemplo, que el recurso quede abierto sólo para alguna de las partes, pues ello iría en contra del principio de la igualdad de partes en el proceso; ni establecer obstáculos a la admisión del recurso que lo hagan efectivamente imposible o difícil para una o las dos partes. Resultaban discutibles en este sentido los “Criterios sobre recurribilidad. Admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2.000. Igualmente discutibles fueron los criterios establecidos en el posterior Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1ª del TS de 30 de diciembre de 2011 (tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de *medidas de agilización procesal*) y, mucho más recientemente, los criterios de admisión que se contienen en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2.017, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, denominado “sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”, en cuya virtud, además de dificultarse sobremanera el acceso a dichos recursos, se añaden una serie de exigencias en cuanto a la forma y estructura que en nuestra opinión son inadmisibles: “La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión

la *prosperabilidad* del recurso³¹; presupuestos de admisibilidad que no podrán interpretar los órganos jurisdiccionales de modo que impidan o dificulten de hecho la interposición de los recursos, pues en otro caso la interpretación sí puede llegar a constituirse en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE³². Así pues, toda interpretación que hagamos de la norma procesal para la resolución de las situaciones procesales que pueden producirse en un procedimiento en orden a la procedencia de un recurso, la legitimación para recurrir, el cumplimiento de los requisitos, etcétera, debe hacerse en el sentido más favorable para la formulación del recurso.

de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen”, eso sí, sobre el contenido, extensión y redacción de las resoluciones jurisdiccionales, y en especial de las sentencias, no se establecen limitaciones.

Sobre esta materia de los Acuerdos no jurisdiccionales del TS, que carecen de valor jurídico, resulta muy interesante lo señalado por COLOMER HERNÁNDEZ, I.: «De cuando la *times new roman* se pudo imponer sobre el derecho de defensa en la casación contencioso-administrativa», en *Diario la Ley*, núm. 8919, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, de 10 de febrero de 2.017. También, sobre el pretendido carácter vinculante de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de las Salas del Tribunal Supremo, recomendamos la lectura de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-02 (2008), ISSN 1695-0194, donde concluye: “A la vista de todo lo dicho, teniendo en cuenta que, ni tan si quiera, la Jurisprudencia de la Sala Segunda, al menos hoy por hoy, genera obediencia (ni parece que en un futuro la pueda generar por encima de la doctrina constitucional y de la independencia judicial), es obligada la conclusión de que los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional no son, ni pueden ser vinculantes, no existiendo ningún procedimiento que pueda hacer real esa sujeción en caso de desobediencia, más allá del convencimiento que cada Juez o Tribunal, en el ejercicio de la función jurisdiccional, pueda alcanzar sobre la conveniencia de hacer suya la decisión del Acuerdo. Esa decisión y la interpretación en que consista serán interpretación válida, no por ser la dictada desde un Acuerdo, sino por acogerse a los cánones constitucionales que legitiman la interpretación. Por todo lo anterior, el Acuerdo de 18 de julio de 2006 no tiene fuerza vinculante, por lo que no puede “obligar a obligar”. El valor de estos Acuerdos sigue siendo el que se deriva del art. 264 LOPJ: instrumentos útiles para una deliberación, sin fuerza vinculante y sin valor jurisdiccional que sólo se alcanza al incorporarse el contenido del Acuerdo a resoluciones motivadas”.

³¹ Partiendo siempre de la previa regulación, la *procedencia* del recurso se hace depender de la concurrencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia conlleva la improcedencia; la *admisibilidad* hace referencia a la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para que pueda sustanciarse un recurso procedente, de manera que la falta de éstos conlleva la inadmisibilidad, *id est*, que el tribunal no pueda entrar a examinar la cuestión de fondo suscitada por el recurrente; y la *prosperabilidad* se refiere al fondo del recurso y determina su estimación o desestimación por carecer de fundamento.

³² “*El derecho a los recursos en el proceso civil es de caracterización y contenido legal*” (STC 216/1998 [RTC 1998, 216]). “*El legislador ordinario puede, primero, establecer o no el recurso en la ley reguladora del proceso y, después, condicionarlo a los requisitos de admisibilidad que estime oportuno, siendo evidente que el que puede lo más, regular o no el recurso, tiene que poder lo menos, fijar los presupuestos y requisitos que condicionan la admisibilidad del mismo. Esto presupone, por ejemplo que: 1º) El llamado principio pro actione es algo completamente diferente al acceso al recurso, pues no puede equipararse el derecho a un asunto sea examinado por la jurisdicción y decidido por medio del proceso a que, dentro de éste, se regule o no un recurso. 2º) La interpretación de las normas reguladoras del acceso a los recursos no tiene por qué ser necesariamente la más favorable al recurrente, puesto que si el derecho al recurso no tiene amparo en un derecho constitucional, sí tiene esa condición el derecho a duración razonable del proceso o sin dilaciones indebidas.*” (STC 258/2000 [RTC 2000, 258] y 6/2001 [RTC 2001, 6])

CAPÍTULO II

EL RECURSO DE APELACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y TRAMITACIÓN

A.- ANTECEDENTES

La posibilidad de alzarse contra las decisiones de los juzgadores por parte de los litigantes, es una constante a lo largo de toda la historia, aunque en España es a partir del Fuero Juzgo elaborado por Fernando III en 1241, cuando se refunde toda la legislación que regía hasta entonces³³. No obstante, en el Fuero Juzgo no se regulaba ningún tipo de recurso propiamente dicho aunque existía la posibilidad de acudir al Señor de la ciudad o a un Juez que mandaba el Rey para que revisara la sentencia dictada por aquél (así en la Ley XXII, Título I, Libro II, y la Ley XXIX, Libro II, Título I)³⁴. Posteriormente, en el Fuero Real de 1255, se regularon «*de las alzadas*», en el Título XV, Libro II, que contenía nueve Leyes; y en las Leyes del Estilo (que no eran propiamente leyes sino una recopilación de la Jurisprudencia de los Tribunales supremos del Estado), se contienen varias dedicadas a las alzadas³⁵; llegándose a «*las Siete Partidas*» de Alfonso X El Sabio (1265) –cuyo antecedente a modo de ensayo lo tenemos en el Espéculo, y en concreto su Libro V, Título XIV dedicado a las alzadas³⁶–, y en cuya Tercera Partida, el Título XXIII denominado «*las alcadas que facen las partes quando se tienen por agraviadas de los juyzios que dan contra ellos*», se dedica en su integridad a regular la alzada.

³³ Para la consulta y estudio de la historia de la apelación y su legislación hasta la LEC de 1855, puede consultarse ALONSO MAZPULÉ, M.: *Los Códigos Españoles*, 6T, Imprenta La Publicidad, Madrid, 1847; VICENTE Y CARAVANTES, J. de: *Tratado histórico, crítico filosófico...*, ob.cit., vol. III; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., T. I y IV; AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit.

³⁴ Remitimos a la transcripción que de las mismas se hace en ARAGONESES ALONSO, P; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles ...*, op. cit., pág. 32.

³⁵ AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit., pág. 9, nota 20, manifiesta que: “las fuentes legales bajomedievales utilizan regularmente el término «alzada» y son las que proporcionan las definiciones que perduran a lo largo de seis siglos. Sin embargo, la literatura jurídica emplea desde el principio la voz *apellatio* en su forma latina o castellanizada”.

³⁶ En el Espéculo, como refiere PASCUAL SERRATS, R.: *El recurso de apelación civil: (facultades de las partes y poderes del tribunal “ad quem”)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 64, se distinguían tres medios de impugnación: la «alzada» o apelación, la «querella nullitatis» y, junto a éstos, la suplicación y restitución «*in integrum*».

En síntesis, siguiendo a ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, en Las Partidas se elabora por primera vez el concepto de alzada, permitiéndose apelar a toda persona que se sintiera agraviada por la sentencia, incluidos los terceros (con la excepción del rebelde), pero ninguna mención se hace a la posibilidad de impugnación de la resolución por el apelado³⁷.

Posteriormente, se regularon las alzadas en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, dedicándose a ello el Título XIII; en el Título XVI del Libro III del «*Ordenamiento de Montalvo*» (denominación con la que eran conocidas las Ordenanzas Reales de Castilla de 1485) utilizándose por primera vez el término «apelaciones» en vez del de «alzadas»; a continuación en la Nueva Recopilación de 1567 que reproduce literalmente la posterior Novísima Recopilación de 1805, dedicándose a las apelaciones el Título XX del Libro XI (en total veinticuatro leyes); llegando a la Constitución Española de 1812, cuya principal virtud, a los efectos que ahora interesan, es la creación de órganos judiciales específicos para el conocimiento del recurso de apelación: las Audiencias, con el carácter de Territoriales (antecedente directo de las actuales Audiencias Provinciales).

Tras estos antecedentes, llegamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, primera Ley de Enjuiciamiento Civil española, en cuya Parte Primera, Título XVII, se recoge la regulación «de las apelaciones», y primera vez que normativamente se contempla la posibilidad de la impugnación de la sentencia por el inicialmente apelante, a través de la denominada «adhesión» a la apelación, en el art. 858 LEC de 1855³⁸.

Siguieron a esta Ley varios proyectos de LEC en lo que se refiere a las apelaciones: los de D. Valeriano CASANUEVA, en cuya proposición de 1 de marzo de 1.866 retocaba la apelación en el «*trámite de adhesión*», y se suprimían los arts. 844, 845,

³⁷ ARAGONESES ALONSO, P; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles ...*, op. cit., págs. 37-38.

³⁸ *Ibidem*, págs. 43-45.

849 y 860; el de D. Mariano MASPONS Y LABRÓS de 21 de febrero de 1878; y la Proposición de Ley de 30 de junio de 1879 de DURÁN Y BAS.

Con posterioridad a la Ley de 21 de junio de 1880, aprobadas las bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llegamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 que, a los efectos de este estudio, ninguna modificación relevante llevó a cabo de su antecesora; ni siquiera con sus sucesivas reformas operadas hasta llegar a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, actualmente vigente, si bien ya reformada en varias ocasiones, que serán objeto de nuestro estudio en cuanto tengan directa incidencia en su objeto: la impugnación por el apelado de la resolución recurrida³⁹.

No queremos terminar esta breve exposición de los antecedentes sin hacer una referencia, aunque sea mínima, a las diferencias más importantes que introdujo la LEC de 2000 respecto a la ALEC de 1881. Así, en la ALEC de 1881, la sistemática era francamente deficiente, imperando la dispersión normativa, de manera que en distintas sedes se establecían cuestiones muy dispares como las reglas de admisión en uno o ambos efectos y la ejecución provisional en los arts. 381 a 400; los trámites especiales para el juicio declarativo de menor cuantía en los arts. 702 a 713, para el juicio verbal en los arts. 732 a 737 y para los juicios de mayor cuantía en los arts. 855 a 866 y 879 y 880, además de las disposiciones comunes sobre personación, desistimiento y adhesión en los arts. 840 a 854. Tal era la dispersión que para poder tener una visión completa del recurso de apelación era necesario acudir a leyes sustantivas en las que se establecían los llamados procesos especiales, como la Ley de marcas, de patentes, o de competencia desleal, entre otras.

Aparte de que en la LEC de 1.881 no se preveía expresamente para recurrir la exigencia de gravamen, el ámbito del recurso o la prohibición de la *reformatio in peius*, se configuraba el recurso de apelación como un recurso ordinario tipo, que impedía la firmeza de la resolución recurrida, de carácter devolutivo y con claro efecto suspensivo

³⁹ Vid. *infra* Parte I, Cap. III

al evitar la ejecución de la resolución recurrida, salvo los casos en que se admitía el recurso de apelación en un solo efecto.

Por su parte, la LEC de 2000, trata de solventar las principales críticas a la regulación anterior. Así, se establece un único procedimiento de apelación regulado en los arts. 455 a 467, siéndole de aplicación las disposiciones generales previstas en los arts. 448 a 450. Igual que su predecesora, la apelación se configura como el recurso devolutivo ordinario tipo, que impide la firmeza de la resolución recurrida. Sin embargo, se permite la ejecución provisional de la sentencia apelada, por lo que desaparece el efecto suspensivo (ya no se prevé la admisión en uno o ambos efectos). Además, el art. 448.1 exige la concurrencia de gravamen⁴⁰ (art. 448.1 LEC); se prevé la prohibición de la *reformatio in peius* en el art. 465.4 LEC, y se fija el ámbito del recurso de apelación en el art. 456 LEC, que viene a conjugar los tradicionales sistemas de apelación plena y apelación limitada, de manera que el tribunal competente para resolver la apelación necesariamente habrá de partir de las alegaciones de hecho y de derecho, así como de las pretensiones formuladas en primera instancia⁴¹.

⁴⁰ Hay que señalar que el gravamen que ha de existir para la interposición del recurso de apelación, puede ser «directo», para el demandante (inicial o «reconvencional») cuando se desestima una de sus pretensiones, y para el demandado (inicial o «reconvencional») como consecuencia de la estimación de la pretensión del demandante; o «eventual» cuando la parte inicial o «reconvencionalmente» recurrida, puede sufrir un gravamen como consecuencia de la desestimación (expresa o tácita) de una pretensión que deducida en primera instancia no impidió una sentencia que le era favorable, pero que de ser estimada en segunda instancia impediría la estimación del recurso deducido por la otra parte.

Así hemos de entenderlo a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 22 de junio de 2009, STS 25 de noviembre de 2010, STS núm. 108/2007, de 13 de febrero, STS Pleno núm. 532/2013, de 19 de septiembre, STS núm. 38/2016, de 8 de febrero, STS núm. 243/2016, de 13 de abril y STS núm. 331/2016, 19 de mayo, entre otras), y en particular de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 532/2013, de 19 de septiembre, en la que afirma que una vez que el demandante recurre en apelación surge un «gravamen eventual» para el demandado absuelto, ya que dicho demandado puede verse afectado desfavorablemente si el Tribunal de apelación considera fundado el recurso del demandante. El supuesto de hecho estudiado es el siguiente: en el año 2009 un señor reclama determinados importes y una de las sociedades demandadas invoca, no sólo motivos de fondo, sino también la prescripción de la acción ejercitada. En primera instancia los demandados son absueltos, si bien ello se produce previo rechazo expreso de la excepción de prescripción alegada. La parte actora recurre en apelación, sin que la concreta demandada que alegó la prescripción impugne a su vez la Sentencia en lo relativo a la desestimación de dicha excepción, limitándose a oponerse al recurso de apelación de la parte actora. La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación y condena a los demandados. La demandada que había invocado la prescripción recurre ante el Tribunal Supremo denunciando una supuesta incongruencia omisiva cometida por la Audiencia Provincial. Sin embargo el Tribunal Supremo resuelve que no existió omisión alguna ya que la demandada no combatió en apelación, por medio de una impugnación de la Sentencia, la desestimación de su excepción.

⁴¹ Art. 456.1 LEC: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen

Es importante resaltar que no todas las sentencias dictadas en primera instancia son recurribles, ya que desde la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*, son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicio, “*con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros*” (art. 455.1. *in fine* LEC); excepción que el legislador trata de justificar en el preámbulo de la citada Ley 37/2011, con el argumento de “*limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales*”. No es posible, en nuestra opinión, mayor desacierto del legislador. Y ello, por dos motivos: 1º) Los jueces de primera instancia y los jueces de lo mercantil que conocen de los procedimientos verbales (arts. 45 LEC, y 85 y 86.ter LOPJ), son

de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Por otra parte, en el Apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 se expone: «*Esta Ley contiene una sola regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia, porque se estima injustificada y perturbadora una diversidad de regímenes. En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias. Y con la oportuna disposición transitoria, se pretende que este nuevo régimen de recursos sea de aplicación lo más pronto posible.*

La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esa sentencia.

Otras disposiciones persiguen aumentar las posibilidades de corregir con garantías de acierto eventuales errores en el juicio fáctico y, mediante diversos preceptos, se procura hacer más sencillo el procedimiento y lograr que, en el mayor número de casos posible, se dicte en segunda instancia sentencia sobre el fondo»

Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable.

Como antes dijimos, la LEC de 2000 conservaba la separación entre una inmediata preparación del recurso, con la que se manifiesta la voluntad de impugnación, y la ulterior interposición motivada de ésta, pues no parecía oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación del recurso. Por ello, para una mejor tramitación, se introducía la innovación procedimental consistente en disponer que el recurrente llevara a cabo la preparación y la interposición ante el tribunal que dicte la resolución recurrida, remitiéndose después los autos al superior. Así al menos se mantiene respecto de los recursos extraordinarios.

Sin embargo, sin otra justificación que una supuesta agilización (la Exposición de Motivos se limita a glosar las modificaciones pero no ofrece justificación alguna: “En el ámbito de los recursos, se suprime el trámite de preparación de los recursos devolutivos”), la Ley 37/2011, vuelve al sistema anterior, eliminando la preparación, o más bien refundiendo la preparación y la interposición: agiliza a los órganos jurisdiccionales, sobrecarga la labor de los Abogados, y es incierto porque no elimina la fase de preparación del recurso de casación, que también es un recurso devolutivo. ¿Dónde quedó aquello que se declaraba en la Exposición de Motivos de la LEC de 2000: “No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación”?

susceptibles de incurrir en error con independencia de la cuantía, ya sea superior o inferior a 3.000 euros, y siendo el fundamento de los recursos la falibilidad del juzgador, el recurso es tan necesario en estos procedimientos como en cualesquiera otros; 2º) las sentencias dictadas en los juicios verbales de cuantía inferior al límite indicado, son también susceptibles de ejecución provisional, pues el art. 526 LEC no establece distinción en cuanto al tipo de procedimiento, de manera que queda atajado el “presumido” ejercicio abusivo del derecho al recurso, con independencia de lo establecido en el art. 398.1 LEC en cuanto a la imposición de las costas del recurso de apelación. No obstante, entendemos que esta importante restricción del acceso al recurso solo opera en las demandas inferiores a los 3.000 euros por razón, exclusivamente, de la cuantía, por lo que las demandas que se refieren a las materias que deben tramitarse por los cauces del juicio verbal por razón de la “materia” (art. 250.1 LEC) son perfectamente apelables, con independencia de la cuantía expresada en la demanda.

B.- CONCEPTO

Desde un punto de vista etimológico, apelación proviene del latín *appellatio*, cuyo significado es “llamamiento” o “reclamación”. En sus orígenes, antes expuestos, le daban el nombre de alzada en el sentido de reclamación ante un superior, hasta las Ordenanzas Reales de Castilla en que apareció por primera vez el término apelación.

Son múltiples las formulaciones que a lo largo de la historia se han hecho del concepto de recurso de apelación⁴². Así, ORTELLS RAMOS lo define como el recurso mediante el cual en función de la naturaleza de la resolución apelada, o bien se abre la segunda instancia o bien se somete al conocimiento de un órgano jurisdiccional de grado superior una resolución de dirección procesal⁴³

⁴² Veremos cómo en lo sustancial coinciden con lo que hemos venido entendiendo por «adhesión a la apelación», y nosotros denominamos apelación «reconvencional».

⁴³ Citado en PASCUAL SERRATS, R.: *El recurso de apelación civil...*, op. cit., pág. 59.

GRAU PÉREZ define el recurso de apelación como un recurso ordinario que permite un nuevo examen del asunto, ya resuelto en la instancia, por un tribunal superior al objeto de privar de eficacia jurídica a la resolución impugnada, es decir, al resultado procesal obtenido, y sustituirla en su caso, por otra favorable a los intereses del recurrente⁴⁴.

Por su parte, ALMAGRO NOSETE, sin alejarse en lo sustancial de la definición ofrecida dos siglos antes por el CONDE DE LA CAÑADA, con una legislación muy diferente, definía el recurso de apelación como un recurso ordinario y devolutivo, contra resoluciones y sentencias equiparadas –en este caso el recurso tiene generalmente carácter suspensivo-, y otras resoluciones gravosas para las partes que lo utilizan, que se plantea ante el mismo órgano judicial que las dictó, y que resuelve un tribunal superior una vez recibidas la actuaciones o testimonio suficiente, mediante nueva sentencia que revoca o confirma, total o parcialmente, o anula la anterior⁴⁵.

Su configuración y naturaleza es la de tratarse de una fase contingente del proceso de declaración que comporta una revisión de la primera instancia, a través de un nuevo examen de la cuestión litigiosa sobre la base del mismo material fáctico y jurídico utilizado en la primera instancia del proceso, sin perjuicio de la introducción de nuevos hechos o nuevas pruebas en los excepcionales supuestos expresamente previstos por la ley.

La segunda instancia es una fase procesal, a la que, como afirma FERNÁNDEZ BALLESTEROS, “se accede sólo por medio del recurso de apelación interpuesto frente

⁴⁴ GRAU PÉREZ, J. A.: *La impugnación del inicialmente apelado...*, *op. cit.*, pág. 80.

⁴⁵ ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1993, T.I-1, pág. 477.

Como indicamos, ACEDO RICO, J. (CONDE DE LA CAÑADA), *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias*, Oficina de Benito Cano, Madrid, 1794, T. I, pág. 120, define el recurso de apelación: “...el remedio de la apelación es necesario y utilísimo. Por él enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan en sus sentencias definitivas o interlocutorias por ignorancia o malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios e iniquidades que tal vez cometieran algunos jueces inferiores si no temieran que otros jueces los descubriesen; finalmente, este remedio llena de satisfacción a los interesados al ver que concurren muchos jueces a declarar su derecho...”.

a la sentencia definitiva que cierra la primera instancia⁴⁶. Pero no todo recurso de apelación abre la segunda instancia: por ejemplo, no abre la segunda instancia el recurso de apelación que prevé el art. 41.2 LEC contra el auto que acuerda la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, o el art. 43.2 LEC en los casos de prejudicialidad civil; tampoco el recurso de apelación que prevé el art. 66.1 LEC contra el auto por el que el órgano judicial se abstiene de conocer de un asunto por haberse sometido la cuestión a arbitraje; o en fin, los recursos de apelación que prevén los arts. 235.4 ó 552 LEC. Efectivamente, como ocurre en la generalidad de los sistemas procesales de nuestro entorno, la segunda instancia se abre con el recurso de apelación –recurso ordinario típico, como pusimos de manifiesto-, aunque sean cosas distintas, o conceptos no equivalentes: sólo la apelación interpuesta contra una sentencia definitiva abre el acceso a la segunda instancia del proceso⁴⁷.

Esto es, la segunda instancia se abre a petición de parte o tercero legitimado para ello, por la vía del recurso, y se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior con el fin de permitir un nuevo examen de la cuestión litigiosa sobre la que ya ha recaído sentencia definitiva. Presupone por tanto: a) la finalización de la primera instancia, iniciándose la segunda con la resolución admitiendo el recurso de apelación; b) solamente se abre a instancia de parte (también de tercero, en los términos antes expuestos al hablar del concepto de «recurso»), pues como todo recurso, requiere de una actividad expresa de la parte perjudicada con el fallo, produciéndose en otro caso la firmeza de la sentencia y los efectos con plenitud de la cosa juzgada material⁴⁸; c) el conocimiento por un tribunal superior (455 LEC); y d) su finalidad es que un juez superior emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia, tanto en lo fáctico como en lo jurídico⁴⁹.

⁴⁶DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: *Derecho Procesal*, op. cit., vol. II., pág. 535

⁴⁷Ibidem, pág. 535, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., señala que aunque con indeseable frecuencia se utilizan como sinónimos, apelación y segunda instancia, no son términos equivalentes, ya que no toda apelación origina una segunda instancia, sino sólo aquéllas que se interpongan frente a una sentencia definitiva sobre el fondo.

⁴⁸ Si ninguna de las partes o interesados apela la sentencia, se produce la preclusión de todo ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (222 LEC).

⁴⁹ En estos términos se expresa FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, op. cit., vol. II., pág. 536.

Ahora bien, dentro de los sistemas procesales, encontramos dos tipos de apelación: el de *apelación plena* y el de *apelación limitada*. Así, el primero es de naturaleza innovadora o renovadora del anterior proceso; se trata de un nuevo enjuiciamiento (*novum iudicium*) continuador del anterior, en el que respetándose sustancialmente las posiciones de las partes, se pueden alegar excepciones no planteadas en la primera instancia e introducir hechos -bien acaecidos con posterioridad a la sentencia recurrida (los *nova producta*, admitidos actualmente en el art. 456.1, en relación con el art. 270.1.1º LEC), bien acaecidos con anterioridad, pero conocidos después del período de alegación y prueba de la primera instancia (*nova reperta*, admitidos en el art. 456.1 en relación con el art. 270.1.2º y 3º LEC)-, permitiéndose, en principio, todo tipo de pruebas. En este sistema se busca obtener una nueva resolución judicial que recaerá sobre la totalidad del material introducido y debatido en ambas instancias, de manera que la posibilidad de innovar (el llamado *ius novorum* en apelación), es prácticamente ilimitada, pues únicamente se veda a la formulación de pretensiones nuevas no esgrimidas en la primera instancia –al margen de las accesorias o complementarias que sí se permiten-, o que no guarden conexión alguna con lo que ha constituido el objeto procesal.

El segundo –sistema de apelación limitada-, se configura como un instrumento o mecanismo revisorio del proceso anterior, con el fin de depurar sus resultados por medios autónomos que conducen a una revisión de la actuación del juez inferior ante los materiales del proceso (*revisio prioris instantiae*). Todo el material de la primera instancia (acción, excepciones planteadas, y pruebas practicadas) pasa al Tribunal superior que mediante un nuevo conocimiento y estudio, en ejercicio de potestades de control meramente negativo de revisión de la sentencia, realiza un juicio complementario o vinculado al anterior, pero no sobre material de hecho y probatorio distinto, con algunas

Señalemos, que no es desconocido que el recurso de apelación tiene una doble finalidad, aunque por razones de espacio nos centremos exclusivamente en la segunda de ellas:

1ª.- el recurso de apelación es el cauce establecido para la impugnación de resoluciones de carácter procesal dictadas en la primera instancia del proceso. En este caso no se pretende la reforma de la resolución recurrida, sino su declaración de nulidad para que el proceso en primera instancia se lleve conforme a la tramitación prevista en la Ley.

2ª.- Mediante el recurso de apelación, la parte perjudicada por la sentencia dictada en primera instancia abre la segunda instancia del proceso, lo que se consigue a través, precisamente, del recurso de apelación pero contra una sentencia definitiva de fondo, accediendo a una segunda fase en la que se va a conocer el asunto por segunda vez, aunque con ciertas limitaciones.

excepciones⁵⁰. Es decir, que a diferencia del anterior tipo de apelación, en el de apelación limitada rige la prohibición del *ius novorum*.

Es este sistema de apelación limitada, con alguna concesión al de la *plena*, como luego veremos, el que adopta nuestra LEC⁵¹ (coincidente en sus líneas fundamentales con el previsto en la LEC de 1.881): la primera instancia supone el enjuiciamiento de unos hechos concretos y alegados, juzgados bajo el derecho aplicable –alegado por las partes, o aplicado por el juzgador en virtud del principio *iura novit curia* (arts. 218.1.II LEC)-; la apelación consiste en revisar aquellos hechos y su encuadre jurídico, y sólo con este fin se permite excepcionalmente el recibimiento a prueba y aportación de documentos en segunda instancia (arts. 460 y 464 LEC). En parecidos términos se expresa la Exposición de Motivos de la LEC de 2000: *«La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse*

⁵⁰ En el sentido de lo dispuesto por el art. 456 LEC: “... con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia ... mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”. Sobre la prueba, vid. LÓPEZ SIMÓ, F.: *Disposiciones generales sobre la prueba*, La Ley, Madrid, 2002.

Es claro en este sentido el TS, con cita del TC. Así en la STS 124/2017, de 24 de febrero: “la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una revisio prioris instantiae , en la que el Tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum)” (en el mismo sentido STS 707/2016, de 25 de noviembre)

⁵¹ Así lo refiere la STS núm. 236/2002, de 15 de marzo: “El problema planteado hace referencia al efecto devolutivo del recurso de apelación, con arreglo al que la «cognitio» del órgano jurisdiccional «ad quem» abarca todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, del pleito que se hayan sometido al mismo por las partes, pues, aunque nuestro sistema procesal, a diferencia del de otros países, no reconoce la apelación plena, en el sentido de que no cabe plantear (salvo aspectos excepcionales) cuestiones nuevas («pendente appellatio nihil innovetur»), sin embargo permite, dentro de lo postulado («tantum devolutum, quantum appellatum»; y apelación adhesiva), un nuevo examen del pleito («revisio prioris instantiae»), tanto en lo que hace referencia a la fijación de los hechos, como a la cuestión jurídica, de tal modo que el órgano jurisdiccional «ad quem» se halla investido de los mismos poderes que el juzgador «a quo»”. En el mismo sentido se expresa el TS en SSTS núm. 1083/2007, de 9 octubre, y 481/2010, de 25 de noviembre, entre otras, y nuestras Audiencias Provinciales: APr. Castellón (Sección 1ª) núm. 10/2011, de 14 enero y; APr. León (Sección 2ª), núm. 59/2009, de 20 febrero; APr. Zamora (Sección 1ª), núm. 160/2008, de 14 octubre; entre otras.

pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esa sentencia».

La concesión a la apelación plena que se acoge en la LEC de 2.000, es la que se establece precisamente en el art. 456 LEC, al señalar «... *que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente*»⁵². Es decir, el tribunal de segunda instancia no se limita a revisar y en su caso anular la resolución definitiva de primera instancia, sino que cuando la revoca, en vez de devolver el conocimiento del asunto al tribunal que conoció del mismo, procede a dictar el fallo que considera ajustado a derecho dentro de los límites propios de la segunda instancia: los consistentes en las alegaciones, pruebas y medios de ataque y defensa de la primera instancia; y los de posible introducción al amparo del art. 460.1 y 2 LEC (*nova producta*, *nova reperta*, y práctica en segunda instancia de las pruebas indebidamente denegadas en la primera instancia o que no hubieren podido practicarse; a lo que debe añadirse la posibilidad contemplada en el art. 460.3 LEC de remediar en segunda instancia la carencia probatoria ocurrida en la primera por hallarse el demandado en rebeldía por causa que no le fuera imputable, si es que se persona en las actuaciones después del momento previsto para la proposición de prueba en primera instancia).

⁵² Se acoge de esta manera la doctrina científica elaborada a la luz de la LEC de 1881. DE LA OLIVA SANTOS indica al respecto: “Una construcción intermedia de la segunda instancia es la que, desde hace siglos, acoge nuestro Ordenamiento Jurídico: el tribunal de segunda instancia puede revisar el juicio de primera instancia, tanto en sus aspectos fácticos como en los jurídicos, pero, de ordinario, sólo sobre la base de los materiales de primera instancia y sin que se admita un sustancial cambio de planteamiento del caso. Se trata, suele decirse, más de una *revisio prioris instantiae* (revisión del juicio de instancia) que de un *novum iudicium* (nuevo juicio). Esta expresión de las características de la segunda instancia puede aceptarse por los conocedores de los distintos modelos y subraya que el caso de la segunda instancia no puede ser distinto del de la primera ni plantearse de modo sustancialmente distinto. Pero, con todo, la expresión *revisio prioris instantiae*, entraña alguna inexactitud y puede generar confusiones, pues, por un lado ninguna duda cabe que la segunda instancia se configura para que haya un nuevo juicio, que puede contener “novedades” tanto en cuanto a la reconstrucción de los hechos como en la aplicación del derecho. Y por otra parte, aunque la segunda instancia civil de nuestro ordenamiento alberga y supone, sin duda, posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es ni exclusiva ni primordialmente revisora; no se busca sobre todo comprobar si se han cometido errores jurídicos en lo procesal o en lo sustantivo en el llamado “juicio de hecho”, sino ofrecer una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional” (DE LA OLIVA SANTOS, A., et al.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 445)

En este diseño, que como señalamos, mantiene los rasgos tradicionales, el legislador ha optado por mantener la llamada «adhesión a la apelación»: *«Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable»* (Apartado XIII, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000).

C.- TRAMITACIÓN

Se distinguen dos momentos en la tramitación del recurso de apelación: el primero de ellos, de promoción y sustanciación, se refiere al conjunto de actuaciones seguidas ante el órgano judicial que dictó la concreta resolución impugnada (de ordinario, el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil⁵³, aunque también puede ser el Juzgado de Paz), y consiste en el escrito de *interposición* del recurso, con el correspondiente traslado a las demás partes en aras al principio de audiencia y contradicción, y para que puedan en su caso, formular *oposición y/o impugnación*; y el segundo de decisión, que se ventilará ante el órgano superior (de ordinario la Audiencia Provincial, aunque también es válido para los Juzgados de Primera Instancia como Tribunal superior), y comienza con la remisión de los autos al órgano superior.

⁵³ Creados por la Ley Orgánica 3/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ, en el art. 26 y 82.4, entre otros, atribuyendo a las Audiencias Provinciales del orden civil la competencia para conocer “*de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los juzgados de lo mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica.*”, y se añaden los arts. 86.bis y 86.ter, entre otros, LO que es consecuencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

C.1.- FASE ANTE EL ÓRGANO *A QUO*

A) La interposición.-

Hasta la reforma de la LEC de 2.000 llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2.011, y que entró en vigor el día 31 de octubre, podíamos hablar dentro de esta primera fase de tres momentos: preparación, interposición, y sustanciación. Sin embargo, con la mencionada modificación legislativa se suprime la preparación, y pasa a integrar la fase de interposición. Así el recurso se preparaba ante el órgano jurisdiccional que había dictado la resolución que se recurría mediante un escrito en que el apelante se limitaba a cumplir tres requisitos: anunciar el recurso en el plazo de cinco días desde la fecha de notificación de la resolución, citar la resolución apelada, y manifestar su voluntad de recurrir expresando los concretos pronunciamientos que impugnaba (art. 457 LEC)⁵⁴.

La finalidad de esta preparación “independiente de la interposición”⁵⁵ la expresaba la Exposición de Motivos de la LEC de 2000, y consistía en determinar si la litis

⁵⁴ Se ha de advertir que conforme a la ya reiterada jurisprudencia, de entre la que podemos citar por su claridad expositiva la Sentencia de la APr. Alicante (Sección 6ª), núm. 150/2004, de 4 de marzo, además de las de 11 de julio de 2.002 y 4 de marzo de 2.004, y en el Auto de 12 de enero de 2.006, esenciales solo deben considerarse los dos primeros requisitos (el anuncio del recurso en el plazo y la cita de la resolución apelada). Así con respecto al tercero (la expresión de los concretos pronunciamientos que se impugnan) “*si bien no se mencionan en el escrito de preparación del recurso de apelación los pronunciamientos que impugna conforme al art. 457.2, siendo la sentencia estimatoria de la demanda, debe entenderse que la impugnación debe ir referida a la totalidad de los pronunciamientos que en la misma se contienen, puesto que debe ser facilitado el acceso a los recursos conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE, consistente en obtener una resolución fundada en derecho que resuelva la cuestión de fondo debatida*”.

Es decir, que la falta de expresión individualizada de los pronunciamientos que se recurren permite suponer que se impugna la resolución en su integridad o, al menos, todos aquellos pronunciamientos que sean desfavorables para el recurrente, pudiendo reducirse el ámbito de la apelación a algún pronunciamiento concreto en el escrito de interposición del recurso.

⁵⁵ MONTERO AROCA y FLORS MATÍES nos dicen que “el establecimiento de estos dos momentos de preparación y de interposición no constituía ninguna novedad, pues eso mismo se establecía en la LEC de 1881 respecto del recurso de casación (tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma). Pero así como en dicha Ley, cada uno de aquellos actos se realizaba ante un órgano jurisdiccional distinto (en estricta correspondencia con la atribución de competencia para decidir sobre la procedencia de la tramitación, que correspondía al órgano *a quo*, y sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, que correspondía al órgano *ad quem*), en la LEC de 2000 se desarrollaban ambos actos ante el mismo órgano que dictó la resolución recurrida, no obstante lo cual la atribución de competencia para pronunciarse sobre la preparación y sobre la admisión seguía correspondiendo, respectivamente, al órgano *a quo* (art. 470.2 y

permanecía pendiente o si, por el contrario, la resolución de primera instancia ganaba firmeza. Presentado el escrito de preparación ante el órgano jurisdiccional que dicta la resolución recurrida, el entonces denominado Secretario Judicial se pronunciaba sobre su admisión (mediante diligencia de ordenación –art. 457.5 LEC-), o si consideraba que procedía la inadmisión daba cuenta al Tribunal para que se pronunciara: si el Tribunal consideraba que procedía la admisión, la acordaba por providencia; si, por el contrario, consideraba que procedía la inadmisión, la acordaba mediante auto, recurrible en queja (art. 457.4 LEC). La resolución sobre admisión o inadmisión, entonces se preveía a los solos efectos de tener o no por preparado el recurso, examinando la competencia, la recurribilidad de la resolución, los requisitos de postulación, forma y contenido, los requisitos especiales del art. 449 LEC y la observancia del plazo. Si se admitía la preparación del recurso, la sentencia quedaba privada en su totalidad del efecto de cosa juzgada formal, y en la resolución de admisión se ordenaba emplazar a la parte recurrente por veinte días para que lo interpusiera, si le conviniera, conforme a lo previsto en los arts. 458 a 460 LEC.

Decimos que la sentencia quedaba privada en su totalidad del efecto de cosa juzgada formal⁵⁶, porque aun cuando el apelante limitara su impugnación a sólo parte de los pronunciamientos de primera instancia, esta limitación no conllevaba por el momento la firmeza de los pronunciamientos no recurridos, incluso en el caso de pluralidad de acciones y que el escrito de preparación sólo se refiriera a parte de ellas, ya que, como veremos, cabe la posibilidad de que el inicialmente apelado a la vista del escrito de interposición del apelante inicial, impugne a su vez la sentencia.

480) y al órgano *ad quem* (arts. 473 y 483)” (MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de recursos ...*, ob. cit., pág. 363).

⁵⁶ Y como es natural, también del efecto de cosa juzgada material, pues la formal es la condición necesaria o presupuesto previo, de la material que es la que hace referencia a los efectos externos de la resolución (art. 222 LEC). Hay que recordar que el art. 207.3 LEC hace referencia al efecto de cosa juzgada que producen las resoluciones judiciales firmes, esto es, aquéllas frente a las que no cabe recurso alguno, bien porque la propia LEC no prevé recurso frente a ella, bien porque la parte perjudicada no ha presentado en tiempo y forma el correspondiente recurso, dejando transcurrir el plazo legalmente establecido para ello y produciéndose la preclusión procesal.

La supresión de este primer momento de “preparación” por la Ley 37/2011⁵⁷, además de criticable, es sólo aparente, pues en realidad lo único que se ha hecho con la reforma es retrasar el momento en que el Letrado de la Administración de Justicia, o en su caso el Tribunal, debe decidir sobre la admisibilidad del recurso, integrando en el artículo 458 (titulado “Interposición del recurso”), el contenido del artículo 457 LEC. Ahora las menciones que se hacían en el escrito de preparación (manifestación de voluntad de recurrir, la resolución que habrá de ser citada, y los pronunciamientos que se impugnan), se deben hacer en el escrito de interposición.

En mi opinión es criticable por motivos obvios: a).- Porque se retrasa veinte días el período de incertidumbre acerca de si la sentencia va a ser recurrida o deviene firme y, con ello, se retrasa también el momento a partir del cual se puede pedir la ejecución provisional de la sentencia (art. 527.1 LEC) o, en su caso, el momento en que puede pedirse la ejecución definitiva (art. 548 LEC); b).- Si el recurso es inadmitido, todo el trabajo de fundamentación realizado por el abogado en el escrito de interposición habrá resultado inútil, sin que esté de menos señalar que desde el punto de vista económico resulta perjudicial para el justiciable; c).- Pueden incrementarse, como ha evidenciado la práctica, las solicitudes de aclaración, corrección y/o complemento de las sentencias con la finalidad de ganar tiempo para trabajar en la fundamentación del recurso; d).- Las medidas cautelares que se hubieran adoptado se mantienen eficaces durante el plazo de veinte días para la interposición del recurso, mientras que antes ese plazo se reducía a los cinco días previstos para preparar el recurso⁵⁸.

⁵⁷ Para algunos autores, nunca se entendió bien la función de la preparación, y celebran su supresión. Así MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de recursos ...*, op. cit., pág. 364; ALMAGRO NOSETE, J.: «La última reforma del proceso civil», Actualidad Civil, 21/22, 2011, pág. 2382.

⁵⁸ En el mismo sentido de criticar la supresión, BANACLOCHE PALAO, J.: «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente ley de agilización procesal», en *Diario La Ley*, nº 7764, de 28 de diciembre de 2011 y CORDÓN MORENO, F.; SÁNCHEZ PONS, M^a V.: *La Ley de medidas de agilización procesal y la Ley de mediación: Exposición de las reformas más recientes en la Justicia Civil* (Addenda a los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2^a Ed.) Aranzadi, 2012, págs. 57-69; GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Los recursos en el proceso civil tras la Ley de Medidas de agilización procesal», *OTROSÍ* (5^a época), núm. 10, abril-junio 2012, págs. 32-40.

El primero de ellos, BANACLOCHE PALAO, considera que el trámite de preparación tenía una finalidad específica y que su eliminación no va a contribuir a una mejor tramitación de los recursos. Como razones que justificaban el mantenimiento del trámite de preparación se han indicado, entre otras, la de permitir a las partes una mayor reflexión antes de tomar la decisión sobre la interposición del recurso, la de resolver, con relativa celeridad, la discusión acerca de si la resolución es o no recurrible y la de tener un pronto conocimiento para la parte que puede instar la ejecución acerca de si la resolución va a ser recurrida o va a alcanzar firmeza. Igualmente se ha indicado que la supresión del trámite puede incrementar la

Así, de hecho, se refunden en una dos fases⁵⁹: la de preparación (art. 457 vaciado de contenido) y la de interposición del recurso (art. 458 que se redacta de nuevo), de manera que a la interposición del recurso se le aplica la tramitación que antes estaba prevista para la preparación en cuanto a la admisión o inadmisión, manteniéndose el mismo plazo de veinte días para la interposición (tras su paso por el Senado, pues en el Proyecto remitido por el Congreso se establecía el plazo de 30 días). La fase de preparación del recurso que, como hemos señalado, consistía en la presentación de un escrito por el que el recurrente, en el plazo de los cinco días siguientes al dictado de la resolución que ponía fin a la primera instancia, manifestaba su intención de recurrirla, y expresaba los concretos pronunciamientos que eran objeto de su impugnación, ahora se integra en el propio escrito de impugnación.

Con la regulación contenida en el artículo 458 LEC, el plazo para impugnar la resolución se mantiene en veinte días a contar desde la fecha de notificación de la resolución que se impugna, y se hará en la forma que antes se establecía para el escrito de interposición del recurso, esto es, mediante un escrito en el que se contengan las menciones de la antigua preparación, es decir: la cita de la resolución impugnada y los pronunciamientos que se impugnan, y lo que era y es propio de la formalización, es decir, la exposición desde el punto de vista fáctico y jurídico de los fundamentos en los que se basa el recurso, sometido a dos requisitos: el del plazo, que es de veinte días a contar desde la fecha de notificación de la sentencia que se recurre; y el de la forma, pues el escrito de interposición debe ser motivado, exponiéndose las alegaciones en que la parte recurrente fundamenta la impugnación de la resolución que recurre.

Si la parte recurrente procede a interponer el recurso dentro del plazo, se produce el efecto de que la resolución recurrida no adquirirá firmeza y se mantendrán los efectos de la litispendencia hasta que el recurso se resuelva; y en determinados casos el recurso

presentación de recursos con la única finalidad de dilatar la ejecución provisional de la sentencia y la presentación de solicitudes de aclaración, corrección o complemento de la sentencia con el exclusivo propósito de ampliar el plazo para recurrir, circunstancias que, en parte, pueden frustrar los objetivos de la reforma.

⁵⁹ En el mismo sentido GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Los recursos en el proceso civil ...», *op. cit.*, pág. 36.

carecerá de efectos suspensivos –art. 456.2 LEC- (cuando la resolución recurrida sea una sentencia desestimatoria de la demanda o un auto que ponga fin al proceso, o de aquellos en que la ley permite expresamente su apelación).

Ahora bien, si la parte recurrente no llega a formalizar el recurso mediante su interposición en el plazo establecido quedará firme la resolución recurrida⁶⁰, y se producirán los efectos de la cosa juzgada –tanto formales como materiales- (art. 207.3 LEC), y por tanto cesarán los de la litispendencia.

B) La sustanciación.-

Interpuesto el recurso de apelación por el apelante, y con el fin de garantizar los principios de audiencia y contradicción, del escrito de interposición se dará traslado a las demás partes, disponiendo el órgano jurisdiccional la apertura de una fase de audiencia mediante el emplazamiento de las demás partes personadas para que puedan oponerse al recurso o, en su caso, impugnar la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable (art. 461 LEC). Este emplazamiento a las demás partes, constituye una carga, que no obligación, a la parte recurrida, que potestativamente puede llenarla o no. Esto es, puede oponerse al recurso interpuesto por el apelante o dejar transcurrir el plazo sin hacerlo guardando silencio; y además, porque así lo prevé expresamente el art. 461.1 LEC, las demás partes pueden presentar escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable, hayan o no formulado oposición, pues el plazo para formular oposición e impugnar la sentencia es común.

Si deciden formular *oposición* al recurso lo llevarán a cabo en la misma forma establecida para la interposición del recurso (arts. 461.2 y 458 LEC), efectuando las alegaciones que consideren oportunas tanto en lo relativo a la procedencia y admisibilidad

⁶⁰ Obvio es que lo mismo ocurrirá, aunque con matices como luego veremos al tratar de la apelación «reconvencional», respecto a los pronunciamientos del fallo que no sean combatidos en el escrito de interposición del recurso, pues el apelante, por virtud del principio dispositivo, puede interponer el recurso de apelación contra todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

del recurso (art. 457.5 LEC), como a su fundamento o estimación, de forma correlativa al orden seguido por el recurrente.

Igualmente, como señalamos y prevé el art. 461 LEC, los apelados pueden formular *impugnación* de la resolución ya apelada en lo que les resulte desfavorable, trámite que constituye el objeto principal de este estudio, bastando por el momento señalar en cuanto a la tramitación que en tal caso de impugnación por los apelados, del escrito se dará traslado al apelante inicial para que en el plazo de diez días haga las alegaciones que estime por convenientes (art. 461.4 LEC); estableciéndose de esta forma, una nueva carga para quien por virtud de la impugnación por el no inicialmente apelante, adquiere la condición de apelado junto con la que ya ostentaba de apelante inicial. Es precisamente este trámite previsto en el art. 461 LEC de tardía impugnación, el que más casuística ofrece en la práctica diaria ante los tribunales, sin duda porque ofrece un amplio margen a la estrategia procesal, y no precisamente por carencias en la redacción del precepto, que aunque siempre mejorable, es bastante acertada y evidencia el esfuerzo de los redactores en la regulación por primera vez de forma separada de un recurso de apelación común a todos los procedimientos, terminando, como ya hemos dicho, con la dispersión de una regulación para cada procedimiento como la que contenía la antigua LEC (a ella, a la LEC de 1.881, nos referiremos en adelante como ALEC).

Interpuestos los recursos de apelación, y presentados en su caso los escritos de oposición y/o impugnación (y en este último caso, el escrito de oposición a la impugnación por el apelante principal), el Letrado de la Administración de Justicia del órgano que dictó la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al Tribunal competente para resolver el recurso de apelación, con emplazamiento de las partes por término de diez días, dándose así inicio al segundo de los momentos que señalábamos, en que consiste la tramitación del recurso de apelación.

Con respecto de los pronunciamientos que no hayan sido recurridos, ni por el apelante inicial ni, en su caso, por el «reconvencional», se producen los efectos de cosa juzgada formal y material.

C.2.- FASE ANTE EL ÓRGANO *AD QUEM*

Las actuaciones ante el órgano decisor dependerán de si apelante inicial, opositor y/o impugnante, en sus respectivos escritos de interposición, oposición e impugnación, hicieron o no uso de la facultad de aportación de documentos y proposición de prueba que el art. 460 LEC concede al primero, y el art. 461.3 LEC concede a los segundos; así como de si el órgano decisor acuerda o no la celebración de vista, que las partes pudieron solicitar en los escritos de interposición, oposición y/o impugnación, y que acordará en cualquier caso cuando acuerde la admisión de la práctica de prueba distinta de la documental.

Si se aportaron documentos o propuso práctica de prueba, en los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por el órgano *ad quem*, éste proveerá sobre la aportación o propuesta. En ambos casos resolverá sobre la admisibilidad de los documentos o resto de prueba propuesta con base en los arts. 460 y 270 LEC, mediante resolución judicial con forma de auto, de manera que si resuelve la admisibilidad de los medios de prueba propuestos, además el Letrado de la Administración de Justicia señalará día y hora para la celebración de la vista en que hayan de practicarse.

Señalada la celebración de vista porque se admita la práctica de prueba en segunda instancia, o porque el tribunal *ad quem* la considere procedente, y que en cualquier caso se llevará a cabo conforme a las normas generales contenidas en los arts. 185 y ss. LEC, o acordada la decisión del recurso sin celebración de vista, el tribunal *ad quem* resolverá el recurso mediante sentencia o auto, según proceda⁶¹.

⁶¹ El art. 465.4 LEC prevé incluso la posibilidad de resolver por providencia, en el caso en que deba declararse la nulidad radical de actuaciones.

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN POR EL APELADO: LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

A.- ANTECEDENTES

El esquema inicial del recurso de apelación contra la resolución que pone fin a la primera instancia, es el de interposición del recurso de apelación por una de las partes – ya sea la activa o la pasiva- (arts. 457 y 458 LEC), contra los pronunciamientos de la resolución que le causan un perjuicio⁶². De esta manera en la segunda instancia, tendremos una parte apelante que es quien toma la iniciativa, y una parte apelada que es la que sufrirá las consecuencias de la revocación de la sentencia a favor del apelante. Pero este esquema inicial puede verse alterado por la posibilidad que el ordenamiento jurídico procesal concede al apelado de impugnar la sentencia previamente apelada (art. 461.1 LEC), adquiriendo así la condición de apelante frente al originario apelante, que a su vez adquiere la condición de apelado. *“De dos modos pueden los litigantes mantener la apelación: Una, interponiendo directamente el recurso y, otra, adhiriéndose al que utilizó la contraria”* (STS de 20 de junio de 1.942).

Los historiadores del Derecho afirman que en el Derecho romano clásico se desconocía la posibilidad de que el apelado a su vez impugnara la sentencia, y ello porque, como señala VICENTE Y CARAVANTES, entonces se pensaba que el que no apela la sentencia, la aprueba y ratifica, y no puede ir contra su propio hecho, debiendo limitarse a pedir la confirmación de la sentencia⁶³.

Parece que se prevé esta posibilidad por primera vez ya en la etapa post-clásica del Derecho romano. Inicialmente se configuró como un sistema de «comunidad de

⁶² No es infrecuente que la sentencia se recurra por las dos partes, la activa y la pasiva, siempre y cuando concurra el presupuesto de gravamen para quien decide recurrir (art. 448 LEC), aunque como hemos visto (*vid. supra*. nota 40) el gravamen pueda ser «eventual».

⁶³ VICENTE Y CARAVANTES, J. de: *Tratado histórico, crítico filosófico ...*, *op. cit.*, vol. II, pág. 412.

apelación», en virtud del cual una vez interpuesto recurso de apelación nada impedía al Tribunal *ad quem* modificar la sentencia a favor del apelado y en perjuicio del apelante, aunque el primero no fuere recurrente, por lo que carecía de sentido la adhesión a la apelación (no existía la prohibición de la *reformatio in peius*). Esta etapa se supera con la Ley 39 del Cod. De Apellationibus, que permite a la parte inicialmente apelada y no recurrente pedir al juzgador superior, como consecuencia de la apelación contraria, la reforma de la sentencia dictada por el juzgador inferior en aquello que le resultase gravoso o perjudicial⁶⁴. Ello no obstante, lo cierto es que ni en el Fuero Juzgo, ni en las Partidas se contemplaba esta misma posibilidad, hasta que se recoge expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855 con el siguiente fundamento que expresa VICENTE Y CARAVANTES:

“La parte que no apela de la sentencia en algún artículo que le perjudica, se acerca más al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos, pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la sentencia, á continuar el pleito con grave perjuicio de la causa.

Estas loables intenciones quedan frustradas por la apelación de la parte contraria, y no aparece justo por lo mismo hacerla de mejor condición que á la bien intencionada.

La aprobación que se induce del hecho de ni apelar no pasa de una presunción; el consentimiento no fue absoluto y expresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gastos y delaciones acabándose el pleito con aquella sentencia: faltó por la apelación contraria esta condición ínsita y natural; justo es pues

⁶⁴ PALLARES, E.: *Derecho Procesal Civil*, México, 1989, pág. 467, recoge la justificación: “Mas cuidados, tal vez, que ellos mismos en proveer a los intereses de nuestros súbditos, hemos creído que es nuestro deber corregir en provecho de ellos un uso observado hasta el día de hoy, que consiste en que las apelaciones sólo el apelante tenía derecho a corregir la sentencia, mientras que su adversario que no había apelado, estaba obligado a cumplirla sea cual fuere el tenor de la misma. Es por ello que ordenamos que una vez que el litigio se haya llegado al conocimiento del juez de apelación por la parte apelante, su adversario puede, después de que aquel haya expuesto sus agravios, combatir la sentencia, si lo hace a tiempo, aunque no haya apelado y lograr que se admitan sus conclusiones si el Juez las encuentra conforme a las leyes y a la justicia. Si la parte no apelante está ausente, el juez, sin embargo debe velar por sus intereses”.

en estas circunstancias que la parte que calló quede por la adhesión en aptitud de gozar de las mismas ventajas que el apelante”⁶⁵.

La ALEC de 1881 por su parte también reconoce al apelado la posibilidad de «adherirse» a la apelación en los arts. 858 y 952, aunque sin desarrollar su régimen y sin especificar su concreto significado, que hubo de elaborarse doctrinal y jurisprudencialmente⁶⁶.

La calificación de esta apelación como «adhesiva», se ha entendido por la doctrina en distintos momentos con un doble sentido: por un lado, como un recurso dirigido a apoyar, coadyuvar o reforzar el inicialmente interpuesto; por otro, como una nueva oportunidad que la ley concede a quien aún pudiendo haber recurrido inicialmente y no lo hizo, pueda impugnar ante la apelación interpuesta por la otra parte y el supuesto mayor perjuicio que pudiera suponerle. En este segundo sentido se configuraba la adhesión a la apelación, en la que el apelante adhesivo defiende un interés propio recurriendo lo que le perjudica⁶⁷.

B.- OBJETO

Si, como antes señalábamos, uno de los fines del recurso de apelación es la apertura de la segunda instancia, no ocurre lo mismo con la impugnación de la resolución judicial de la primera instancia por el apelado, o no inicialmente apelante, pues cuando el

⁶⁵ VICENTE Y CARAVANTES, J. de: *Tratado histórico, crítico filosófico...*, op. cit., T. II, pág. 413.

⁶⁶ El art. 885 ALEC 1881 al regular el recurso de apelación en el juicio de mayor cuantía disponía: «*En dicho escrito deberá él adherirse a la apelación sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia. Ni antes ni después podrá utilizar este recurso*»; y el art. 892 LEC 1881 al regular el recurso de apelación contra sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía: «*En este escrito deberá el apelado adherirse a la apelación sobre los extremos en que crea le es perjudicial la sentencia o auto de que se trate. Ni antes ni después podrá utilizar este recurso*».

⁶⁷ Muestra evidente era el art. 858 ALEC de 1881, que reconoce al apelado la facultad de adherirse «*sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia*». Y en el mismo sentido lo ha venido entendiendo la jurisprudencia, como una “*ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, puede recurrir también él contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales*” (STS de 20 de abril de 1.994; y en el mismo sentido 25 de enero de 1.978 y 25 de noviembre de 1.996-, entre muchas otras). Por otra parte, es a este doble entendimiento al que se refiere la LEC en su Exposición de Motivos cuando habla de la expresión “*generador de equívocos*”.

apelado –que adquiere esa condición por la existencia previa de un recurso de apelación interpuesto por el inicialmente apelante-, impugna la sentencia en ejercicio de la facultad que le reconoce en el art. 461.1 LEC, la segunda instancia ya está abierta.

Su finalidad, por tanto no es la apertura de la segunda instancia, sino la ampliación del objeto de la segunda instancia, integrándose en la previamente abierta por el recurso de apelación inicial, resolviéndose en la misma sentencia que enjuicia aquélla pero con una pretensión diferente y contradictoria⁶⁸.

Por otra parte, y comoquiera que antes señalábamos que precisamente uno de los principales avances de la LEC de 2.000 es la unificación de la regulación del recurso de apelación, la previsión en el art. 461 de la LEC de la «*apelación adhesiva*», debe llevarnos a concluir que cabe su interposición frente a cualquier resolución que sea susceptible de recurso de apelación, esto es, las dictadas por los juzgados en primera instancia (art. 82 LOPJ)⁶⁹ y otros, y que se enumeran en el art. 455.1 de la LEC: *Sentencias* que ponen fin al proceso en la primera instancia, una vez concluida la tramitación ordinaria prevista por la ley (206.2.3ª LEC), y las que resuelven sobre la pretensión o pretensiones procesales en sentido estimatorio o desestimatorio⁷⁰; *autos definitivos*, esto es, aquéllos que sin pronunciarse sobre la pretensión procesal, producen la terminación del proceso, como ocurre, por ejemplo, con los que estiman la falta de presupuestos procesales o la concurrencia de impedimentos procesales alegados por la parte, o también como ocurre con los que dan por terminado el proceso a causa de hechos jurídicos y actos de parte dirigidos a producir esa terminación; y los *autos que la ley expresamente señale*, y que por exclusión de los anteriores son aquellos que no implican la terminación del proceso, como los que acuerdan la suspensión del proceso por prejudicialidad (41.2 y 43 LEC).

⁶⁸ Decimos «apelación inicial», pues no queremos denominarla como principal en evitación de insinuar superadas concepciones de subordinación de la apelación «adhesiva» a la «principal», o de coadyuvación a la inicial, a las que en breve hacemos referencia.

⁶⁹ Quedan excluidas del recurso de apelación por tanto las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia al conocer de la apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Paz.

⁷⁰ GRAU PÉREZ, J.A.: *La impugnación del inicialmente apelado...*, *op. cit.*, pág. 54, considera que si se acepta como admisible acordar mediante sentencia la absolución de la instancia, la sentencia sería apelable.

Obsérvese que no nos referimos a la apelación inicial como apelación principal. En el sistema de la LEC la naturaleza jurídica de la apelación adhesiva coincide con la atribuible a la apelación inicial pues la misma razón de pedir asiste a ambos apelantes, ya sea el inicial, ya el adhesivo. De ahí que la adhesión se configure como una impugnación autónoma, que únicamente se subordina a la inicial por interponerse con posterioridad a aquélla, de manera que el apelante adhesivo no coadyuva a los resultados pretendidos por el inicial, sino que lo contradice.

Esta autonomía de la apelación adhesiva se hace más evidente que nunca en nuestra legislación con la redacción del art. 461 LEC, en tanto configura la adhesión como un recurso de apelación (o impugnación de la sentencia) autónomo, que solamente decae como consecuencia de su propio desistimiento: ni siquiera por el desistimiento del apelante principal; y cuya finalidad es la de contrarrestar la expectativa del apelante inicial de obtener la reforma a él favorable de la sentencia de primera instancia, permitiendo al tribunal dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelante no inicial o adhesivo⁷¹.

De esta manera, con la apelación adhesiva del apelado se enerva la prohibición de la *reformatio in peius*⁷² por la que el tribunal *ad quem* no podría en ningún caso aumentar para el apelante inicial el *quantum* de gravamen que le impuso la sentencia de primera instancia (465.4 LEC): «La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelante». Tanto si se produce la apelación por el apelado, como si no, rige la conocida regla *tantum devolutum quantum appellatum*⁷³, y que recoge el citado

⁷¹ Al respecto vid. nota 51 *ut supra*.

⁷² Tal como viene siendo entendida por nuestros tribunales, pues como argumentamos más adelante (*vid. Infra*. Parte II, Capítulo II.B), ni siquiera en el caso de estimación del recurso del apelante «reconvencional» la prohibición decae.

⁷³ Regla que el Tribunal Supremo lleva al extremo, por ejemplo en la STS núm. 481/2010, de 25 de noviembre, en la que parte de la desestimación de una demanda por razones de fondo, tras desestimar el Juzgado la excepción de prescripción. Sólo recurre el demandante y, tras dársele traslado al demandado del recurso de apelación, éste se limita a oponerse al recurso, sin impugnar a su vez la Sentencia de primera instancia en lo relativo a la desestimación de la excepción de prescripción. La Audiencia Provincial acoge sin embargo la prescripción. Recurrida su decisión por la parte actora, el Tribunal Supremo concluye que la Audiencia Provincial se ha desviado del principio *tantum appellatum quantum devolutum*, incurriendo en

art. 465.4 de la LEC: «*La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461*»⁷⁴.

Por otra parte, es jurídicamente lógico que las partes que han visto parcialmente estimadas o desestimadas sus pretensiones en la sentencia de primera instancia, se aquieten con la sentencia en tanto no se vean amenazados por la impugnación de su contrario. La seguridad que produce en el litigante la existencia de una resolución judicial que “le concede” parte de lo pedido, o que no “le quita” parte de lo que tiene, puede ser motivo suficiente para no arriesgarse a las consecuencias desfavorables de la interposición del recurso de apelación: la solución definitiva del conflicto se dilata en el tiempo, y el riesgo de la imposición de costas (art. 395 LEC). Sin embargo, interpuesto el recurso por la otra parte, necesariamente la solución del conflicto se dilatará en el tiempo, y el riesgo de las costas se “compensa” en cierto modo.

C.- DENOMINACIÓN

C.1.- ANTECEDENTES

La Exposición de Motivos de la LEC de 2.000, señala que en el texto de la Ley se prescinde del concepto de «adhesión» a la apelación (entendemos que habría sido más preciso decir «término», pues el concepto se mantiene), acuñado en la ALEC de 1.881, ya que fue generador de equívocos. Ello no obstante, lo cierto es que en el art. 527.1 de la LEC, sigue utilizando el término cuando, referido al momento en que puede solicitarse la ejecución provisional (cuya regulación es absolutamente novedosa), señala: «*desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose a la apelación*»⁷⁵.

reformatio in peius, ya que la ausencia de prescripción devino en autoridad de cosa juzgada y sólo cabía ya revisar por la superioridad el análisis hecho por el Juez sobre el fondo del asunto

⁷⁴ Véase nota anterior.

⁷⁵ GRAU PÉREZ, J.A.: *La impugnación del inicialmente apelado...*, op. cit., pág. 73-74, señala que ello puede deberse “a un olvido del legislador, en la medida en que el art. 527 de la LEC, se corresponde exactamente con el 529 del Anteproyecto de LEC de 26 de diciembre de 1.997, es decir que permaneció inalterado al pasar el trámite parlamentario”. Añade que “sin embargo, se modificó en el trámite parlamentario el art. 469 –titulado *Traslado del escrito de interposición a la parte apelada. Impugnación*

Sobre la denominación ha habido ciertamente bastante discusión en la doctrina científica. Hay autores como GISBERT POMATA que consideran acertada la supresión del término adhesión por considerarlo confuso e incorrecto, aunque bien es cierto que también critica, precisamente por confusa, la denominación «recurso de impugnación»⁷⁶. Otros como ORTELLS RAMOS, se inclinan por denominarla de otras formas, como «apelación posterior», si bien es cierto que no ofrece justificación de tal denominación⁷⁷; o «apelación secundaria», como la denomina GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, y que no nos parece acertada por las razones que más adelante exponemos para desechar la designación de «apelación principal» prefiriendo la de «apelación inicial»⁷⁸; o «apelación mediata», como la denominan ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA⁷⁹. Por su parte, CHOZAS ALONSO, la denomina «apelación sobrevenida» al tratar sobre la delimitación sucesiva del objeto de la segunda instancia abierta por el recurso de apelación, en el tercero de los momentos al que hace referencia: “A modo de recapitulación, pues, los momentos procesales en que va a quedar definido “progresivamente” el objeto del proceso en la segunda instancia –que se desarrollan siempre ante el órgano *a quo*-, son los siguientes: escritos de *preparación e interposición* y, en su caso, el de *impugnación* sobrevenida por parte del apelado”⁸⁰.

del recurso. Adhesión-, que en dicho Anteproyecto, y en perfecta consonancia con el 529 regulaba la adhesión a la apelación”.

⁷⁶ GISBERT POMATA, M.: «Una primera aproximación al recurso de apelación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (2000), pág. 345-375. Indica que: “Respecto al rechazo del legislador al término «adhesión» y la utilización en su lugar del vocablo “recurso de impugnación”, efectivamente coincidimos en descartar como correcto el de «adhesión» altamente confuso e incorrecto, pero discrepamos a la hora de aceptar como válido el de “recurso de impugnación”, por uno de los mismos motivos: confusión. Tanto el apelante inicial como el que ahora plantea su recurso, están impugnando la resolución que les es desfavorable, luego no es un concepto que identifique correctamente el recurso del inicialmente apelado del interpuesto por el apelante inicial. Consideramos más clarificador los conceptos de recurso de apelación inmediato o inicial y recurso de apelación mediato o sucesivo. Esta terminología no plantea confusión a la hora de entender a qué recurso nos estamos refiriendo y además conlleva un reflejo de la distinción que hay entre ellas: simplemente que uno es posterior en el tiempo al otro y uno es consecuencia de la falta de aquietamiento de la otra parte”.

⁷⁷ ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, Elcano, Navarra, 2000, pág. 257.

⁷⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El recurso de apelación...*, *op. cit.*, pág. 68.

⁷⁹ ARAGONESES ALONSO, P.; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles ...*, *op. cit.*, en multitud de ocasiones.

⁸⁰ CHOZAS ALONSO, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010 (Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el

Otros autores, por el contrario, no ven inconveniente alguno y aprecian acertado seguir utilizando la misma denominación de «adhesión» a la apelación. Así FONT SERRA, si bien es cierto que con respecto al proceso penal, afirma: “Desde luego la interpretación gramatical, llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales, según la cual adherirse a un recurso es mostrarse conforme al del otro y coadyuvar a su éxito, no es una interpretación afortunada. Cuando las palabras pueden tener diversos significados, su sentido propio en Derecho es el jurídico. No se comprenden, por tanto, las razones que han llevado a desechar el significado jurídico de la palabra adherirse –según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia: “Der., utilizar quien no había interpuesto el recurso de otro-, y admitir como válido su significado más vulgar”⁸¹. Podemos objetar a FONT SERRA, que aunque se refiera al proceso penal, es válido para el civil, que el significado jurídico ofrecido por la Real Academia de la Lengua Española, es absolutamente impreciso, incluso incorrecto a la luz de la LEC de 2.000, toda vez que recoge la significación jurídica que se le dio por la LEC de 1.855, además de inducir a error, pues en puridad «*utilizar el recurso de otro*», viene a ser, jurídicamente una subrogación en la posición, cuando no una sucesión.

GRAU PÉREZ, alineado con el anterior, considera acertado el término, porque en su opinión “no podemos desvincular el significado de las palabras del contexto en el que las estamos utilizando. El sustantivo «adhesión», o en forma de infinitivo adherir, que son polisémicos, según se utilicen en un contexto u otro, tendrán distinto significado y alcance. Ahora bien, si nos estamos refiriendo al ámbito del derecho procesal civil, y más específicamente al del recurso de apelación civil, el significado o sentido que hay que darle es el correspondiente al jurídico-forense, configurado por la tradición y jurisprudencia legislativa de forma clara y nítida”⁸². Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia no ha sido constante, sino cambiante, y no precisamente por acudir al

trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. IV, Madrid, Dykinson, 2010.

⁸¹ FONT SERRA, E.: «La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal», en *Revista General de Derecho*, 1995, pág. 2.100.

⁸² GRAU PÉREZ, J.A.: *La impugnación del inicialmente apelado...*, op. cit., pág. 79.

sentido vulgar de la palabra «adhesión», sino porque como hemos visto en los antecedentes de la institución, no ha evolucionado manteniéndose el mismo término. Así señalábamos que la LEC de 1881 no desarrollaba el régimen de la adhesión ni especificaba su concreto significado, que hubo de elaborarse doctrinal y jurisprudencialmente.

Si, como el legislador expresa en la Exposición de Motivos de la LEC de 2.000, en el texto de la Ley se prescinde del concepto de «adhesión» a la apelación acuñado en la LEC de 1.881, porque fue generador de equívocos, en nuestra opinión no está demasiado acertado en el término que ahora elige de *«impugnación de la sentencia»*, y ello porque si bien evita los equívocos en cuanto a la naturaleza jurídica de la apelación «adhesiva», lo cierto es que tan impugnante es el apelante inicial, como lo es el apelante «adhesivo», por lo que al hablar de *«impugnación de la sentencia apelada en lo que le resulte desfavorable»* ninguna aclaración supone si no es por el hecho del lugar en que se encuentra ubicado el precepto en el que utiliza la expresión, y matizar que se refiere a la sentencia «apelada», de donde se deduce, tal y como aclara la Exposición de Motivos, que se refiere a una “segunda” apelación, o al menos a una apelación no inicial. Ahora bien, hay que reconocer que esta redacción es la que precisamente ha llevado a que se planteara el problema de la posibilidad de formular «reconvención» a la apelación «reconvencional», pretendiéndose una apertura reiterada del trámite del art. 461.1 LEC, pues cuando prevé que *«del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes ...»*, tan escrito de interposición del recurso lo es el de la apelación inicial, como el de la apelación «reconvencional»; y éste, siguiendo la hipótesis, sería inicial con respecto del escrito de interposición del recurso de apelación «reconvencional» a la apelación «reconvencional».

C.2.- LA RECONVENCIÓN

Tradicionalmente se ha utilizado el término «reconvención» para denominar la conducta del demandado que en la primera instancia, ante una demanda contra él formulada, no se limita a pedir su propia absolución, sino que a su vez pide la condena

del demandante, lo que supone el ejercicio por el demandado de una acción frente al demandante de manera que, además, las posiciones procesales iniciales se invierten: el demandado inicial pasa a ser también demandante, y el demandante inicial pasa a ser también demandado. Así, mediante la reconvención, se amplía el objeto del proceso, en la medida en que el demandado ejercita una acción nueva frente al demandante, dando lugar a un proceso con pluralidad de objetos⁸³.

Es decir, que la reconvención consiste en la interposición por el demandado de una nueva pretensión que dirige contra el demandante, ante el mismo órgano jurisdiccional y en el seno del mismo procedimiento en el que se ventila la pretensión formulada por el actor, con el fin de que ambas pretensiones se resuelvan en la misma sentencia. Es pues, una nueva pretensión, que fija un nuevo objeto, constituyendo la esencia de esta institución la facultad que se le otorga al demandado para ampliar el inicial objeto litigioso con nuevas pretensiones.

La pretensión del demandado es nueva y autónoma, que incluye una acción independiente de la acción ejercitada previamente por el actor. Así pues, mediante la reconvención el demandado se convierte en demandante «reconvencional», y el demandante principal en demandado «reconvenido», produciéndose la adquisición de una nueva posición procesal; y además se produce una ampliación del objeto del proceso, esto es, aquello sobre lo que versa el proceso. Recuérdese que el objeto del proceso es lo que lo identifica e individualiza, distinguiéndolo de todos los demás posibles procesos, y que se concreta mediante la pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional frente a otra persona, sobre un bien⁸⁴.

⁸³ DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, op. cit., pág. 82. En la misma línea, LÓPEZ SIMÓ y TAPIA FERNÁNDEZ, afirman que “puesto que la reconvención supone una ampliación del inicial objeto litigioso, técnicamente es un caso de acumulación de acciones por inserción” (Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I.; LÓPEZ SIMÓ, F.: *Lecciones de Derecho procesal*, Vol. III.1, Ed. Universitat de les Illes Balears., Palma de Mallorca, 2.009, pág. 51)

⁸⁴ La actuación de la jurisdicción civil se conforma fundamentalmente por los principios de oportunidad y dispositivo, y se inicia necesariamente por un acto de parte que se denomina demanda (el art. 399.1 de la LEC establece que «el juicio principiará por demanda»). Es decir, la demanda es el acto de parte iniciador del proceso, y por el que el actor ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva afirmando la acción que ejercita y solicitando una tutela jurisdiccional concreta. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 53. El derecho de acción, ejercitado en la demanda se dirige al tribunal, y se corresponde

Por la reconvención, y correlativo a la pretensión inicial, aparece lo que MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, denominan la resistencia u oposición a la pretensión, y que DE LA OLIVA SANTOS llama contrapretensión⁸⁵. Ésta es precisamente la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante, y que normalmente consiste en la petición de no ser condenado. Bien es cierto que la oposición del demandado de ordinario no introduce un objeto nuevo en el proceso y distinto de la pretensión, salvo que el demandado formule reconvención, en cuyo caso esa resistencia o contrapretensión, por un lado amplía los términos del debate, pero también el objeto del proceso; y ello condicionado al requisito de la conexión entre la pretensión de la demanda principal y la pretensión ejercitada mediante la reconvención, pues así lo establecen los arts. 406.1 y 438.1 de la LEC, en tanto disponen que sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal⁸⁶.

Por su interés para la defensa que hacemos de la pertinencia de denominar apelación «reconvencional» a la conocida como «apelación adhesiva», es importante recordar aquí sobre la acumulación de acciones que si la reconvención se dirige sólo contra el demandante se produce una acumulación objetiva, bastando que la conexión se refiera no a la pretensión (que será contradictoria), sino a la causa de pedir, esto es, al conjunto de hechos con trascendencia jurídica que habrán de guardar relación con los de la pretensión inicial⁸⁷; si la reconvención se formula contra el actor y un tercero, pues así

con el deber de aquél de incoar el proceso si se dan los presupuestos procesales. De ahí que afirmemos que la pretensión se dirige al tribunal frente a una persona.

⁸⁵ MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de Juicio Verbal*, op. cit., págs.. 687 y ss.

⁸⁶ El problema surge porque el legislador no especifica cuándo se está ante una pretensión conexa. Para resolverlo habremos de acudir a los criterios propios de la acumulación de acciones para determinar en cada caso si existe o no conexión.

⁸⁷ Recuérdese, a su vez, que no todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición, y por tanto no constituyen la causa de pedir, sino sólo los hechos identificadores de la pretensión, en contraposición a los hechos constitutivos. Éstos son los que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace la parte como base de la consecuencia jurídica que pide, de manera que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión. Los otros, los hechos identificadores de la pretensión, de la causa de pedir, son sólo una parte de aquéllos y no se refieren a la estimación de la pretensión, sino sólo a su distinción de otras posibles pretensiones.

En este sentido MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de juicio verbal*, op. cit., pág. 586, ponen un ejemplo clarificador: 1.- si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero

lo permite el art. 407 de la LEC, se tratará de una acumulación objetivo-subjetiva y entonces habrán de cumplirse los requisitos establecidos en el art. 72 de la LEC.

Además, es importante señalar que en la reconvencción la legitimación activa corresponde al demandado originario, y en caso de pluralidad de demandados, a cualquiera de ellos⁸⁸; y en cuanto a la legitimación pasiva, el art. 407 de la LEC, dispone que la reconvencción puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido (esto es, que se debe tratar del demandante y de un tercero, o bien de otros codemandados)⁸⁹.

Como vemos, todo acto procesal, y también la reconvencción, está sujeto a una serie de requisitos y reglas, en cuanto al momento, la forma, el contenido, los sujetos, la competencia del órgano jurisdiccional y los efectos, fundamentalmente. Lo mismo

concreto en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, la demanda no contiene la causa de pedir de la pretensión. 2.- Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se reclama la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá una fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no puede llegarse a una sentencia estimatoria. 3.- Si además de lo anterior, se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado y habiendo puesto en relación el agente al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión.

⁸⁸ Dejamos apuntada sobre esta cuestión de la legitimación activa en la reconvencción, la duda doctrinal sobre si cabe la posibilidad de que el reconvenido pueda a su vez reconvenir, cuestión sobre la que la LEC guarda silencio, y que fue ampliamente debatida en el Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, por los Profesores GASCÓN INCHAUSTI, DE LA OLIVA SANTOS, GONZÁLEZ GARCÍA, RICHARD GONZÁLEZ, TAPIA FERNÁNDEZ y VALLESPÍN PÉREZ, cuyas conclusiones se recogen en *Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas*, JIMÉNEZ CONDE, F. coord., Pozuelo de Alarcón, Murcia, SEPIN, 2002, págs.. 227-232.

⁸⁹ Estando claro en el caso del litisconsorcio necesario, por tratarse de un único proceso con pluralidad de partes, no lo está tanto en el caso de litisconsorcio voluntario, pues más que tratarse de un caso de litisconsorcio, se trata de un supuesto de acumulación de pretensiones. Admitiéndose la reconvencción contra el demandante inicial y otra persona, lo que se admite es precisamente que el demandado recon venga ejercitando dos pretensiones: una contra el actor o demandante principal y otra contra persona distinta. Obvio es que ambas pretensiones tienen que ser conexas entre sí, además de con respecto a la pretensión formulada en la demanda inicial. En este sentido MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.: *Tratado de juicio verbal*, op. cit., pág. 692.

ocurre, como veremos a continuación, con la apelación adhesiva, o apelación «reconvencional».

C.3.- LA RECONVENCIÓN ES A LA PRIMERA INSTANCIA, LO QUE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» ES A LA SEGUNDA INSTANCIA

Dado su paralelismo, entendemos que no hay especiales obstáculos en la utilización y extensión del término «reconvencción» a la segunda instancia, para denominar la conducta del apelado que ante el recurso de apelación interpuesto por la otra parte, impugna la resolución en lo que le resulta desfavorable, esto es, que además de oponerse a la apelación formulada de contrario, o sin siquiera formular oposición, impugna la resolución solicitando se dicte otra en su lugar que le resulte favorable, o más favorable, o incluso menos desfavorable⁹⁰. Claro está, reuniendo los requisitos y cumpliendo las reglas, establecidas legalmente para impugnar la sentencia, en cuanto a momento, forma, contenido, sujetos, competencia y efectos; y siempre asumiendo, evidentemente, que con la apelación «reconvencional» no se introducen en el proceso nuevas acciones, como ocurre con la reconvencción en la primera instancia. En la segunda instancia se ejercita una pretensión dirigida contra el contenido de la resolución que pone fin a la primera instancia que le es perjudicial al recurrente o le causa un gravamen que considera no tiene por qué soportar; en la primera instancia se ejercitan acciones, bien por el demandante en su demanda, bien por el demandado en su demanda «reconvencional».

⁹⁰ Bien es cierto que existe en la LEC el art. 527.1, en el que se utiliza el término «adhesión». Así, cuando trata de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, establece: *«La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste»*.

Por otra parte, la denominación que proponemos no es del todo novedosa, pues lo cierto es que en nuestra jurisprudencia menor se utiliza puntualmente esta denominación, aunque más por brevedad expositiva que por razones de concepto⁹¹.

⁹¹ Así, además de las sentencias de la Secc. 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de las que es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Illescas Rus, encontramos los siguientes ejemplos en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales:

- Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). Sentencia núm. 272/1998 de 16 junio, Antecedente de Hecho Segundo: “*Contra la anterior resolución y por todas las partes litigantes, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, y personadas las partes se formó el oportuno rollo, que siguiendo por sus trámites ha dado lugar a la celebración del correspondiente juicio, donde la parte apelante- demandante ha solicitado la revocación en parte de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictara otra por la que se estimara su íntegra pretensión indemnizatoria; en tanto que codemandados-reconvinientes instaban la revocación de dicha resolución, y que en su lugar se dictara otra por la que se estimara la pretensión indemnizatoria de su reconvencción; y el resto de los simplemente apelados, instaban igual revocación y que dictara sentencia en la que se reconociera su falta de legitimación pasiva.*” Y en el Fundamento Jurídico Segundo: “*Una vez ratificada la viabilidad de la apreciación de la acción resolutoria instada -lo que de «iure» llega al rechazo de la apelación reconvencional en este extremo-, y como quiera que el recurrente instó -y le fue concedida en parte- indemnización de daños y perjuicios, doctrinalmente y a la vista del analizado art. 1124, CC, nos encontramos ante un supuesto de acumulación subordinada y sucesiva de pretensiones*”.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 52/2008 de 21 enero. En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos N° 1291/2004, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia N° 46 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandado DON Abelardo , representado por el Procurador Sr. Don Juan Antonio Velo Santamaría y defendido por Letrado, y de otra como apelado demandante la Comunidad de Propietarios de la CL. 000 N° 000 de Madrid, representada por el Procurador Sr. Don Javier Pérez de Sevilla Guitard y defendida por Letrado, y en demanda de apelación reconvencional, como apelante demandante, la Comunidad de Propietarios antes citada frente a DON Abelardo , en su calidad de apelado demandado, ambas partes representadas y defendidas por los profesionales antedichos, seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario*”
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 259/2009 de 24 abril. En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos N° 1493/2006, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia N° 19 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes demandados DON Bruno y Dª Isidora , representados por el Procurador Sr. Don José Ramón Rego Rodríguez y defendidos por Letrado, y de otra como apeladas demandantes Dª Raquel y Dª Aurora , representados por el Procurador Sr. Don Carlos Cabrero del Nero y defendidas por Letrado, y, en apelación reconvencional, como apelados demandados, el SR. Bruno y la Sra. Isidora , y como apelante demandante, la Sra. Dª Raquel , todos ellos con las mismas representaciones y defensas antes indicadas, seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario*”.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 569/2009 de 20 octubre. En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos N° 1574/2007, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia N° 64 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes demandados, de un lado, DON Adolfo , DON Balbino Dª Amanda , representados por la Procuradora Sra. Dª Mª Luisa López Puigcerver Portillo y defendido por Letrado, y, de otro lado, en la misma posición procesal, la mercantil FCC, S.A., representada por la Procuradora Sra. Dª Amparo Navarro Calderón y defendida por Letrado, siendo apelado demandante DON David , representado por el Procurador Sr. Don José Luis Barragués Fernández y defendido por Letrado, y a su vez, en demanda de apelación reconvencional, como apelados demandados todos los mismos antedichos, con las mismas representaciones y direcciones legales, seguidos por el trámite de Juicio Verbal*”.

Así pues, del mismo modo que el objeto del proceso es aquello sobre lo que se proyecta la actividad procesal (la cosa de la que el proceso trata), que no es otra cosa que la pretensión en tanto afirmación de una acción; en el que el demandado puede limitarse a ejercitar una contrapretensión -de ordinario consistente en el fracaso del demandante-, o bien solicitar una condena del actor, esto es, algo que al demandante le resulte desfavorable, o menos favorable; en el recurso de apelación que genera la segunda instancia, el objeto estará necesariamente constituido por la pretensión impugnatoria del apelante expuesta en el escrito de interposición.

Pero el objeto de la segunda instancia puede llegar a ser más amplio: esto es, junto al objeto «necesario», puede haber un objeto «contingente» que viene constituido por la pretensión impugnatoria que el inicialmente apelado puede formular en el escrito de impugnación de la sentencia⁹² (no en vano, se ha calificado el recurso como “acto procesal

-
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Auto núm. 414/2009 de 18 noviembre. Razonamiento Jurídico Único: *“En el supuesto que nos ocupa, se da desestimado en su totalidad el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2.008, ratificándose dicha resolución, debiendo indicarse además en el fallo de la Sentencia de esta Sala Nº 463/2009, de fecha 17 de Julio de 2.009, que igualmente se desestimaba el Recurso de Apelación reconvencional interpuesto por el apelado, tal como se indicaba en el Fundamento Jurídico Segundo de la misma”*.
 - Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Auto núm. 415/2009 de 4 diciembre. Razonamiento Jurídico Único: *“En el supuesto que nos ocupa, se da desestimado en su totalidad el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2.008, ratificándose dicha resolución, debiendo indicarse además en el fallo de la Sentencia de esta Sala Nº 463/2009, de fecha 17 de Julio de 2.009, que igualmente se desestimaba el Recurso de Apelación reconvencional interpuesto por el apelado, tal como se indicaba en el Fundamento Jurídico Segundo de la misma. El mismo extremo fue solicitado por la parte contraria, habiéndose dictado por esta Sala resolución de fecha 18 de Noviembre de 2.009 en idéntico sentido”*.
 - Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª). Sentencia núm. 325/2010 de 22 octubre. Fundamento Jurídico Séptimo: *“No obstante, dado que en la apelación reconvencional se estima que la demandante tiene derecho al cobro de los intereses por la cantidad pendiente, procede la estimación parcial del recurso en este particular”*.
 - Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 3ª), sentencia núm. 114/2015 de 8 de mayo, Fundamento de Derecho Primero: *“Asimismo y al amparo del artículo 461.1 de la LEC se presentó impugnación (recurso de apelación reconvencional) respecto de la sentencia apelada, postulando en el SUPLICO el dictado de una sentencia modificando la declaración de incapacidad y declarando la incapacidad completa para disponer de cantidades, emitir voto, testar, contraer matrimonio, con imposición de costas”*.

⁹² Incluso como señala DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Curso de Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., pág. 354, puede haber un objeto «contingente y accesorio», que vendría constituido precisamente por la pretensión o contrapretensión del apelado, expuesta y fundada en el escrito de oposición a la apelación.

que incorpora una pretensión”⁹³). Esto es, que el proceso civil, regido por el principio dispositivo, siempre tiene como objeto *necesario* la acción o las acciones afirmadas en la demanda o, añadimos nosotros, las pretensiones articuladas por la parte recurrente en apelación, si de la segunda instancia se trata. De esta manera, se deduce que al igual que la determinación del objeto del proceso en la primera instancia le corresponde básicamente al actor, mediante la interposición de la demanda, en la segunda instancia también adquiere un especial protagonismo, en cuando a la determinación del *thema decidendi*, el sujeto que interpone el recurso de apelación inicial. Sin embargo, y aun partiendo de la anterior premisa, no debemos obviar la relevancia que, en ocasiones, puede adquirir la pretensión introducida por la parte pasiva (contrapretensión), de cara a la ampliación del objeto procesal fijado previamente por el actor o recurrente. Esta ampliación del *thema decidendi* se produce siempre que el sujeto pasivo pretenda otra cosa distinta del mero fracaso del demandante o recurrente, invocando nuevos razonamientos de los que, a su entender, deben seguirse consecuencias jurídicas diferentes de la mera desestimación de la pretensión del actor⁹⁴. En estos casos, el “nuevo objeto” introducido por la parte pasiva, que es contingente, como señala DE LA OLIVA SANTOS, se convierte en un objeto “accesorio” respecto del objeto principal introducido por el actor o recurrente. Pero accesorio no significa, como señala el citado autor, “prescindible, desdeñable o casi irrelevante: es imprescindible y relevante. Accesorio significa, con toda precisión, que no se sustenta por sí solo, que su relevancia no es independiente, sino dependiente, que importa por su relación con lo principal”⁹⁵.

Así, podemos concluir que de la misma manera que en la primera instancia frente a la pretensión del demandante puede ejercitarse por el demandado una contrapretensión, o incluso una genuina pretensión denominada «reconvención», en el recurso de apelación además de la pretensión impugnatoria del apelante (denominada apelación inicial), el apelado puede ejercitar otra pretensión impugnatoria, que podemos denominar apelación «reconvencional» o recurso de apelación reconvencional (antes denominada

⁹³ GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 461.

⁹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil I ... op. cit.*, pág. 354.

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 355.

«adhesiva», y ahora impugnación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable); y del mismo modo que el demandante puede convertirse en demandado como consecuencia de la reconvención; el apelado, puede convertirse en apelante como consecuencia de la apelación «reconvencional»⁹⁶.

Máxime, cuando como hemos expuesto anteriormente, ha sido superada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia la consideración accesoria o subordinada con respecto de la apelación principal, de la que venía denominándose «adhesión» a la apelación; acogándose la consideración de pretensión autónoma con respecto de la apelación inicial (también llamada apelación “principal”, pues desde la superación de la accesoriedad o subordinación de la apelación adhesiva respecto de la inicial o principal, las dos apelaciones, la inicial y la del apelado, son principales, en el sentido de que sobre las dos debe pronunciarse el tribunal de segunda instancia, incluso en el hipotético caso de que el apelante principal desistiere de su apelación –la inicial o principal-).

Por lo demás, la que venimos en denominar apelación «reconvencional», participa de los mismos requisitos que la apelación principal, del mismo modo que la demanda reconvencional participa de los mismos requisitos de la demanda principal. Esto es, del mismo modo que el art. 406.3 LEC para la reconvención se remite en todo a lo establecido para la demanda principal⁹⁷, en el art. 461.2 LEC para la que denominamos apelación

⁹⁶ Obsérvese que hablamos de pretensiones y no de acciones, pues como hemos señalado, y a diferencia de la primera instancia, mediante la apelación «reconvencional» no se introduce una nueva acción.

⁹⁷ Art. 406 LEC. «Contenido y forma de la reconvención. Inadmisibilidad de la reconvención no conexa con la demanda y de la reconvención implícita.

1. Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

2. No se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.

Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvención la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal.

3. La reconvención se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el art. 399. La reconvención habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.

4. Será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el art. 400».

«reconvencional» se establece: «*Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia porque inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición*», es decir, con exposición de las alegaciones en que base la impugnación (art. 458.2 LEC) el apelante reconvencional.

La doctrina, en general, señala la similitud entre el reconviniente y el adherido a la apelación. Así MARTÍNEZ VAL, o ROCCO, en el ámbito de la doctrina italiana, que considera que la apelación incidental suele denominarse, por analogía con lo que ocurre a consecuencia de la proposición de las excepciones reconvencionales, apelación incidental reconvencional⁹⁸. ROSENBERG, por su parte, señala que la reconvención se planteará en segunda instancia a través de la adhesión independiente⁹⁹. Ya en la doctrina española, GUASP dice: “... en el escrito de instrucción (ALEC 1881) es donde la adhesión a la apelación resulta procedente, llegándose así con esta figura afín a la reconvención, a la significación máxima que el escrito de instrucción tiene ...”¹⁰⁰. Y GONZÁLEZ GARCÍA, señala: “Nos referimos a la posibilidad de que el apelado se convierta en apelante, aunque haya precluido ya el momento procesal para preparar recurso de apelación, en el escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto contra él. En este segundo caso, las similitudes se producen con la reconvención, en la medida en que la impugnación del art. 461.1 LEC tiene lugar en un momento procesal equivalente, en segunda instancia, a lo que sería la contestación a la demanda en la primera, esto es, el momento en que el sujeto pasivo no se limita a oponerse, sino que aprovecha para solicitar nuevos pronunciamientos por parte del tribunal (...)”¹⁰¹.

⁹⁸ MARTÍNEZ VAL, J.M.: «Reconvención y adhesión a la apelación», *op. cit.*, pág. 109. ROCCO, U.: *Tratado de Derecho Procesal*, vol. III, Buenos Aires, 1973, pág. 342.

En el sistema procesal italiano, existen tres tipos de apelación: la principal, la incidental y la adhesiva, si bien es cierto es la incidental la que es equiparable a nuestra tradicional apelación adhesiva. El art. 334 del Codice de Procedura Civile establece: «*La parte contra la que ha sido propuesta impugnación y ha sido llamada a integrar el contradictorio conforme la norma del art. 331, puede proponer impugnación incidental aun cuando para ella hubiese finalizado el plazo o haya mostrado conformidad con la sentencia*».

⁹⁹ ROSENBERG, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1955, T. II, pág. 373.

¹⁰⁰ GUASP, J.: *Derecho procesal*, *op. cit.*, pág. 761.

¹⁰¹ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero 2.010 (Impugnación de la sentencia en el escrito de oposición a la apelación -adhesión a la apelación- por quien

A modo de conclusión, pues, optamos por la denominación de apelación «reconvencional» por la similitud entre la conducta del demandado que en la primera instancia formula reconvención, y la del apelado que interpone apelación «reconvencional» a la vista del recurso inicial interpuesto por el apelante inicial, pero distinguiendo claramente que no estamos ante una reconvención en sentido estricto ya que no se produce una ampliación del objeto del proceso, sino una ampliación del objeto de la apelación.

D.- PRESUPUESTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Parece claro que si la impugnación por el apelado viene justificada por la interposición de una apelación inicial, es evidente que necesitará de la previa existencia de ésta. Así lo ha expresado en el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 1996, señalando: “*Nuestra Ley de Enjuiciamiento establece una expresa derogación del principio de preclusión, permitiendo una posterior apelación, aún después de transcurrido el plazo para hacerlo, sólo condicionado a que alguna de las partes haya recurrido en tiempo y forma (SSTS 25 de enero y 24 de octubre de 1978 [RJ 1978/15 y RJ 1978/3283] y 20 de abril de 1992 [RJ 1992/3314])*” (BDAJ 2547/1996).

Sin una previa apelación inicial, no es posible una apelación «reconvencional», pues ésta precisa de la previa interposición de una apelación inicial. Esto es así, incluso con independencia de que en un momento posterior el apelante inicial, por ejemplo, desista de su recurso, siempre que el desistimiento se produzca con posterioridad a que en el trámite previsto en el art. 461.1 LEC, el inicialmente apelado formule su escrito de interposición de la apelación «reconvencional». Si el apelante inicial desiste de su recurso con anterioridad (art. 450 LEC), ya no habrá lugar a la oposición a un recurso del que se ha desistido, y por tanto a la impugnación de la resolución por el que ya no es apelado. Máxime cuando en la nueva LEC no existe precepto similar al art. 849.II de la ALEC de 1.881. Efectivamente, bajo la vigencia de la ALEC de 1881 la situación era distinta: en

consta como apelante en el proceso: momento procesal para apelar en caso de pluralidad de recursos)), inédito.

ésta se contemplaba expresamente la posibilidad de interponer la apelación «reconvencional» aun cuando la separación del apelante se produjera con anterioridad al momento del procedimiento en que podía utilizarse el recurso entonces adhesivo. Así el art. 849.II ALEC establecía que la segunda instancia continuaría, si el apelado dentro de los tres días siguientes a la manifestación del apelante separándose del recurso, se adhería a la apelación¹⁰².

Por último, y junto al desistimiento, al que más adelante nos referiremos al tratar de los efectos, debemos hacer referencia a la declaración de desierto del recurso prevista en el art. 463.1.II LEC¹⁰³: «*Si el apelante no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario Judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida*». Y ello por cuanto el legislador atribuye a la no satisfacción de la carga procesal de personarse ante el Tribunal decisor de la segunda instancia el efecto del desistimiento tácito del recurso, principalmente por la condición de rogada que tiene la jurisdicción civil en nuestro ordenamiento procesal¹⁰⁴. “La conducta del apelante hace que se cree una presunción *iuris et de iure* de desistimiento”¹⁰⁵. Dicha presunción

¹⁰² El art. 846 ALEC establecía: «*En cualquier estado de la segunda instancia, podrá separarse de la apelación el litigante que la haya interpuesto*»; el art. 847 que: «*Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito separándose de la apelación, podrá el apelado impugnar esta pretensión*» por las causas que en el mismo se establecen; y el art. 849 en fin, que: «*Si el apelado se hubiere adherido a la apelación, y por este motivo, dentro de los tres días señalados en el artículo 847, se opusiere a que se dé por terminada la segunda instancia, la Audiencia tendrá por separado al apelante con las costas hasta entonces causadas y mandará seguir la sustanciación del recurso para resolver sobre los extremos de la sentencia a que se refiera la adhesión del apelado. Lo mismo se practicará si éste manifestase dentro de dicho término que se adhiere a la apelación, en el caso de que la separación del apelante haya tenido lugar antes del período del juicio en que puede utilizarse aquel recurso, según los artículos 858 y 892*».

¹⁰³ Hasta la Reforma por la Ley 37/2011, cuando persistía la fase de preparación, el artículo 458.2 establecía: «*Si el apelante no presentare el escrito de interposición dentro de plazo, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida. La resolución que declare desierta la apelación impondrá al apelante las costas causadas*».

¹⁰⁴ A este respecto recordemos, que el recurso de apelación se inicia mediante un escrito en el que el apelante lleva a cabo una «manifestación de voluntad», la de recurrir una resolución, que lleva a cabo con la interposición del recurso. DE LA OLIVA SANTOS señala con respecto de las «manifestaciones de voluntad», que son “actos (procesales) constituidos, no por expresiones, orales o escritas, de ciencia o voluntad, sino por conductas, distintas de la consistente en declarar, que revelan o patentizan un querer o voluntad determinados. La demanda, por ejemplo, manifiesta la voluntad de someterse al tribunal ante el que se interpone (art. 56.1º LEC). Lo mismo puede decirse de muchos comportamientos omisivos, que manifiestan la voluntad de no ejercitar determinados derechos procesales” (DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Derecho procesal. Introducción*, op. cit., pág. 328.

¹⁰⁵ ARAGONESES ALONSO, P.; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pág. 470

encuentra apoyo en que la personación ante el Tribunal decisor no es un deber sino una carga para el apelante, ya que la interposición es un derecho y no una obligación en sentido estricto. Obsérvese que el legislador menciona al apelante, y tan apelante lo es el apelante inicial como el apelante «reconvencional», de manera que podemos afirmar que a todo recurrente en apelación se le impone mediante el emplazamiento la carga procesal de personarse ante el Tribunal decisor bajo “sanción”¹⁰⁶ de la declaración de desierto de su recurso de apelación por el órgano jurisdiccional, que supone dar por concluida la tramitación del recurso interpuesto por quien no satisface la carga del emplazamiento, ya sea el recurrente o apelante principal, ya sea el apelante «reconvencional»; y ello con base en el principio dispositivo y de justicia rogada, con lo que los pronunciamientos impugnados por quien no satisface la carga devienen firmes de forma automática, por ministerio de la Ley, y sin necesidad de que sea puesto de manifiesto por el apelado.

¹⁰⁶ Es interesante que distingamos entre «deber procesal» y «carga procesal». CARNELUTTI nos dice que la fórmula común de la obligación y la carga es el deber, de manera que en el deber el interés del obligado se halla subordinado a un interés ajeno, y en la carga la subordinación es a un interés propio. Así afirma: “Hay que reconocer un cierto mérito a los estudios del derecho procesal, en el curso de los cuales la frecuencia de las cargas, especialmente, ha terminado por imponer una observación atenta y, gracias a ello, ha puesto en claro la diferencia con la categoría contigua de las obligaciones. Esta diferencia que en el campo estático se puede alguna escapar a un observador superficial, llega a ser desde luego microscópica cuando de la estática se pasa a la dinámica jurídica, donde a la obligación veremos que corresponden las dos figuras del acto debido y del acto ilícito, y a la carga, sólo la figura del acto necesario. Por eso, la piedra de toque para distinguir entre carga y obligación está en preguntar si la violación del precepto podrá o no ser definida como acto ilícito. La distinción verdaderamente manifiesta, entre acto debido y acto necesario, se proyecta en el campo estático en el sentido que, mientras *la obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno*, la carga es subordinación de un interés del que la soporta a un (otro) *interés propio*” (CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2003, págs.. 199 y ss.).

En el mismo sentido podemos afirmar que una «obligación procesal» es un imperativo del interés ajeno y puede acabar imponiéndose por la fuerza, y en todo caso su incumplimiento implica una sanción; por el contrario, la «carga procesal» es un imperativo del propio interés de la parte que no puede imponerse por nadie, por cuanto no existe un correlativo derecho subjetivo; un «deber procesal» es un imperativo legal establecido a favor de una adecuada realización del proceso y cuya desatención puede implicar la imposición de una sanción (TORIBIO FUENTES, F.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.A.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, LexNova, Valladolid, 2012, pág. 984). GOLDSCHMIDT por su parte afirmaba: “la antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés” (GOLDSCHMIDT, J.: *Principios generales del proceso*, 1: *Teoría general del proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 91).

CARNELUTTI por su último, afirmaba: “hablo de carga cuando el ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja; por ello la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés. Obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero difieren en el elemento substancial, porque cuando hay obligación, el vínculo se impone para la tutela de interés ajeno, y para la tutela de un interés propio, cuando se trata de la carga” (CARNELUTTI, F.: *Instituciones del proceso civil*, 1, Ejea, Buenos Aires, 1959, pág. 91.)

En fin, COUTURE define la «carga procesal», como “una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (COUTURE, E. J. *Fundamentos del derecho procesal civil*., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 211)

Ahora bien, como expondremos más adelante, hacemos énfasis en que el art. 463.1.II se refiere al apelante, y como acabamos de señalar tan apelante lo es el apelante inicial como el apelante «reconvencional», de manera que la insatisfacción de la carga procesal de comparecer ante el tribunal *ad quem* por uno de los apelantes, y la consiguiente declaración de desierto de su recurso ex art. 463.1.II no impide la tramitación y posterior decisión del recurso del apelante –ya sea inicial, ya sea «reconvencional»- que sí satisfizo la carga procesal. La declaración de desierto lo es, única y exclusivamente, con respecto del recurso de la parte recurrente en apelación que no satisfizo la carga, no con respecto de los demás recurrentes –iniciales o «reconvencionales»- que si la han satisfecho y por tanto ninguna sanción merecen.

Por otra parte, y de la misma manera que ocurre para la interposición del recurso por el apelante inicial, se han de cumplir una serie de requisitos de tiempo y forma. En cuanto al tiempo, el art. 461.1 LEC es claro: el plazo de diez días a contar desde el traslado al apelado del escrito de interposición del recurso por el apelante inicial. También lo es en cuanto a la forma en el segundo apartado del precepto citado: el escrito de impugnación se formulará con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición.

E.- EFECTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Como señalábamos, la apelación reconvencional no abre la segunda instancia, sino que se incorpora a la segunda instancia ya abierta por el escrito de interposición del recurso de apelación inicial, que es el que además producirá en su momento (en el sentido del art. 458 .3 LEC), el efecto devolutivo del recurso de apelación. Ahora bien, apelante inicial y apelante reconvencional poseen la misma condición, de manera que interpuesta y admitida la apelación «reconvencional», el apelado inicial ahora ocupa la posición de auténtico apelante, aunque reconvencional, pero con todas las facultades inherentes a la condición de apelante.

Aunque no abra la segunda instancia, el resto de los efectos que produce son similares a los que produce la apelación inicial. En primer lugar, produce el efecto de

privar de los efectos de cosa juzgada formal a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que expresamente se combaten en el escrito de impugnación, como se deduce del art. 207.4 de la LEC. En segundo lugar, y como característico de la apelación reconvenicional, produce el efecto de la ampliación de las facultades del órgano *ad quem*, quien de este modo podrá dictar sentencia que resulte perjudicial para cualquiera de las partes¹⁰⁷. Además, en tercer lugar, produce una ampliación del *thema decidendi*, como exponíamos al tratar de la identificación entre la reconvencción en la primera instancia, y la apelación «reconvenicional».

Además, la interposición de la apelación «reconvenicional» provoca el mantenimiento del efecto suspensivo del recurso de apelación, ya sea inicial, ya sea reconvenicional, salvo en el caso previsto en el art. 456.2 de la LEC, esto es, cuando la apelación se dirige contra sentencias desestimatorias de la demanda, precisión por otra parte innecesaria, pues como señala BONET NAVARRO, “si el proceso ha concluido con una sentencia desestimatoria, no hay nada que deba hacerse ni, por tanto, nada que deba llevarse a cabo pues todo sigue como estaba antes de presentar la demanda”¹⁰⁸. Incluso en tal caso, señalemos a modo anecdótico, sería posible, al menos en nuestra opinión, que el demandado solicitara la ejecución provisional del pronunciamiento sobre imposición de costas en caso de haberse producido¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Lo que es distinto a que se enerve la prohibición de la *reformatio in peius*, que como defendemos en ningún caso queda afectada por la interposición del recurso, sino por la extralimitación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su facultad revisoria. Vid. *Infra* Parte II Capítulo II.B.

¹⁰⁸ BONET NAVARRO, A.: *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 121. En la misma línea DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal Civil ...*, ob. cit., pág. 223.

¹⁰⁹ Mantenemos que es posible la ejecución provisional de la condena en costas con la actual regulación contenida en la LEC, y los problemas o inconvenientes, más prácticos que teóricos, son fácilmente salvables. El art. 524 LEC permite expresamente la ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes, sin hacer distinción alguna entre los pronunciamientos contenidos en una sentencia de esta naturaleza, y sin incluir el pronunciamiento sobre las costas en la lista de excepciones a la excepción que ya de por sí supone la ejecución provisional, y que se contiene en el art. 525 LEC, de manera que donde no excluye el legislador, no puede excluir el intérprete.

El que las costas hayan de ser previamente tasadas, es decir, hacerlas líquidas, para proceder a su exacción por el procedimiento de apremio, no es inconveniente, como tampoco lo es para la ejecución provisional del pronunciamiento que condena al pago de intereses su previa liquidación en un breve procedimiento o incidente en el que también pueden producirse multitud de incidencias.

Añádase que la dicción literal del art. 242.1 LEC (reproducción del art. 421 ALEC), no se refiere a la práctica de la tasación de costas, sino a la solicitud de su práctica (no caprichosamente el legislador lo ha titulado «solicitud de la tasación de costas»), estableciendo los requisitos de la solicitud, como lo hace en el art. 399 LEC con respecto de la demanda, o en el art. 405 con respecto a la contestación, por ejemplo.

Evidentemente, si los efectos se producen como consecuencia de la interposición del recurso de apelación (bien inicial, bien «reconvencional»), éstos cesarán en el momento en que el recurso es resuelto por el juzgador *ad quem*, o de forma anticipada mediante el desistimiento del recurso o su declaración de desierto como consecuencia de la interposición fuera de plazo, o de la no personación ante el Tribunal decisor.

Como señala CHOZAS ALONSO, referido al objeto de la segunda instancia abierta con la interposición del recurso de apelación, “en algunas ocasiones, a la hora de determinar cuál sea el objeto de un proceso civil –en primera o en posteriores instancias–, se suele cometer el error de situar en paralelo (o a la misma altura) las pretensiones de la parte activa y de la pasiva. La equivocación, a nuestro juicio, radica en no tener en cuenta que la pretensión del demandado o del recurrido puede faltar por completo, a diferencia de lo que ocurre con la pretensión del actor o del recurrente, que es absolutamente necesaria. De ahí que se ha señalado, con acierto, que el proceso civil, regido por el principio dispositivo, siempre tiene como objeto *necesario* la acción o las acciones afirmadas en la demanda o, añadimos nosotros, las pretensiones articuladas por la parte

Pero es que además, lo que se exige en el art. 242 LEC es que la condena en costas sea firme para que se pueda proceder a su exacción por el procedimiento de apremio, y éste no puede iniciarse si previamente las costas no han sido tasadas. Es decir, que el art. 242 LEC no permite al Letrado de la Administración de Justicia, al amparo de la falta de firmeza de la condena en costas, excusarse de practicar la tasación que habrá de hacer en todo tipo de procesos conforme al art. 243 LEC, pues el requisito de la “firmeza” lo es para la “*exacción por la vía de apremio*”, y lo que ha de practicarse previamente a dicha exacción por el procedimiento de apremio es la tasación de costas. Si el legislador hubiera querido que solamente cuando fuere firme la condena en costas se llevara a cabo la tasación, no habría reproducido literalmente el art. 421 ALEC, y habría redactado de forma distinta, por ejemplo: Cuando hubiere condena en costas, luego que sea firme, (y) previa su tasación, se procederá a su exacción por el procedimiento de apremio si la parte condenada no las hubiere satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación. Añádase, que por ejemplo los arts. 531 y 533 LEC se refieren a las costas de la ejecución provisional ya tasadas (aunque con matices con respecto al art. 531 LEC), al tratar la suspensión de la ejecución provisional en el primero, y el reintegro al ejecutado en el caso de revocación de la sentencia: y en ambos casos, máxime en el primero, todavía no hay sentencia firme.

Tasación de costas practicada por el Letrado de la Administración de Justicia que es definitiva, y no provisional, por más que se practique en ejecución provisional, sin que haya ningún obstáculo a seguir el procedimiento establecido en los arts. 243 a 246 LEC, como tampoco lo hay para seguir el procedimiento de apremio contra el deudor que no reacciona pagando ante la notificación del auto por el que se acuerda el despacho de ejecución en el procedimiento de ejecución provisional. Disentimos por tanto, de quienes como BACHMAIER WINTER, afirman que la interpretación literal del art. 242.1 lleva a concluir que la actividad de liquidación previa a la ejecución del procedimiento sobre las costas, sólo procede una vez que el pronunciamiento sea firme (*Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, JIMÉNEZ CONDE, F., Coord., Pozuelo de Alarcón, SEPIN, 2002, pág. 490)

recurrente en apelación, si de la segunda instancia se trata. (...) La pretensión de la parte pasiva, si la hay, carece de sentido propio e independiente; el sentido de la pretensión del demandado o del apelado se lo presta normalmente la actitud previa del actor o del apelante”¹¹⁰.

Ahora bien, si efectivamente la posibilidad de impugnación de la sentencia por el apelado en el trámite del art. 461.1 LEC está condicionada a la previa o necesaria existencia de una apelación inicial, esto es así sólo en el primer momento, como hemos señalado al hablar de los presupuestos. La previa existencia de la apelación inicial es necesaria sólo hasta el momento de presentación del escrito de impugnación de la sentencia por el apelante «reconvencional», precisamente por el carácter autónomo e independiente de la apelación «reconvencional». De tal modo que en el caso en que una vez dado traslado al apelado del escrito de interposición del apelante inicial, aquél se opone, y además impugna la sentencia formulando a su vez apelación «reconvencional»: el posterior desistimiento por el apelante inicial de su recurso de apelación, o su falta de personación ante el juzgador *ad quem*, no afecta a la tramitación de la apelación «reconvencional». Así podemos afirmar que la necesidad del recurso inicial, lo es sólo en el primer momento y hasta que se dé traslado al apelado, pues solamente es presupuesto: de la oposición en todo caso, pues la existencia de la oposición depende de la existencia y mantenimiento de la apelación inicial, de forma que el desistimiento de la apelación inicial hace que pierda virtualidad la oposición; y de la apelación «reconvencional» sólo para el inicio del trámite del art. 461.1 LEC, pues la existencia del recurso inicial no es más que una expectativa de derecho que se actualiza efectivamente cuando se le da traslado del escrito de interposición para su oposición y/o impugnación.

Del mismo modo que las partes tienen la facultad de recurrir, también tienen la facultad de desistir del recurso en cualquier momento (art. 450 LEC), con dos precisiones, las previstas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto: la primera relativa al momento,

¹¹⁰ CHOZAS ALONSO, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*. En el mismo sentido que este autor se expresa GONZÁLEZ GARCÍA cuando afirma: “En resumidas cuentas, la determinación del objeto del recurso de apelación se produce en dos momentos procesales diferentes: en primer lugar, y con carácter necesario, en el escrito de interposición; en segundo lugar, y más avanzadamente, al impugnar el apelado la sentencia en su escrito de oposición a la apelación (...)” (GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*)

pues no podrá ejercitarse con posterioridad al dictado de la resolución por la que se ponga término al recurso; la segunda, relativa a los efectos en el caso de que sean varios los recurrentes, pues si por una parte el desistimiento del recurso cuando éste es único provoca la firmeza de la resolución recurrida, la precisión que se regula en el apartado 2 regula los efectos del desistimiento cuando son varios los presentados o en tiempo y forma se ha procedido por la contraparte a la interposición de apelación «reconvencional». En este segundo caso, la norma previene que el desistimiento de un recurso cuando son varios o el del “principal” cuando existiese apelación «reconvencional» por el inicialmente recurrido, no afecta a los restantes recursos interpuestos continuando la tramitación con excepción del desistido. Y lo mismo debemos entender en el caso previsto en el art. 463.1.II LEC, con respecto de la falta de personación en virtud del emplazamiento (o la personación fuera del plazo de los diez días desde el emplazamiento) de la parte recurrente: no afecta a la tramitación y decisión de los recursos interpuestos por las partes que si han satisfecho en tiempo y forma la carga procesal impuesta por el emplazamiento.

Es de destacar que en la tramitación del recurso de apelación, el desistimiento, al tratar sobre la pretensión revocatoria deducida por el recurrente contra una resolución concreta, el acto de voluntad del recurrente se deduce contra una resolución previa, de ahí que su alcance se concrete en la pretensión impugnatoria deducida, sin que el recurrido, excepción hecha de los supuestos en que el mismo a su vez haya recurrido o impugnado el recurso inicial, carece de interés en relación con la pretensión impugnatoria deducida de contrario, de ahí que la LEC no exija su conformidad como ocurre en la primera instancia. El desistimiento unilateral únicamente llevará como efecto la firmeza de la resolución recurrida, y por ello afecta solamente a los derechos e intereses del recurrente.

Pero en los recursos el desistimiento produce otro efecto, y de gran trascendencia en la práctica: a diferencia de lo que ocurre en la primera instancia, la posibilidad de reproducir la pretensión desistida, en los recursos no es posible, y ello como consecuencia de los efectos que produce el desistimiento sobre la resolución recurrida que no son otros que los de la cosa juzgada material que la impiden.

F.- LA LEGITIMACIÓN EN LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Se trata de una de las cuestiones que consideramos más controvertidas (sobre todo cuando hay pluralidad de partes que quieren interponer recurso de apelación, o pueden resultar afectados por la estimación del interpuesto por alguna o algunas de las otras partes), a pesar de que *a priori* la posibilidad de interponer los recursos y por tanto de formular apelación «reconvencional», la tiene quien está legitimado como parte y manifiesta el interés de hacerlo.

Recordemos que por legitimación se entiende “la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”¹¹¹. Así como la capacidad para ser parte es una aptitud genérica para actuar, la legitimación es una aptitud específica, de manera que se tiene capacidad para apelar, pero se tiene que estar legitimado para cada concreta apelación.

De manera que, si como mantiene parte de la doctrina, la legitimación es un presupuesto del derecho a la acción, quienes han sido parte en el proceso y por tanto han ejercitado acción en la primera instancia, pueden continuar su ejercicio mediante la impugnación de la sentencia si tienen interés personal, objetivo y directo.

Interés personal y directo en tanto legitimado para recurrir lo está quien siendo parte en la primera instancia del proceso tiene el interés que deviene del gravamen o perjuicio que la resolución le ocasiona; en sentido negativo, carece de legitimación procesal para recurrir la parte que no viene perjudicada ni gravada por la resolución que se impugna (STS de 1 de octubre de 1.992), es decir, aquéllas a quienes no les afecte

¹¹¹DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Curso de Derecho Procesal Civil I*, ... op. cit., pág. 444.

desfavorablemente (448 LEC)¹¹². Además el interés debe ser objetivo, de entidad material en el sentido de que la resolución le cause un gravamen, no bastando el mero interés formal. De ahí que no pueda identificarse la legitimación en primera instancia con la legitimación en la segunda instancia: no todo legitimado en la primera instancia, lo está en la segunda: en la primera instancia la legitimación deriva de la relación que los litigantes tienen con la materia objeto del litigio, pero en la segunda instancia se requiere la existencia del gravamen que produce la decisión judicial; además, en la primera instancia la legitimación para accionar se refiere en general a la totalidad del proceso, y sin embargo la legitimación para apelar se refiere a un acto procesal concreto como es recurrir.

Dicho esto, en la segunda instancia que abre el recurso de apelación, es posible que la legitimación activa y pasiva se reúna en una misma parte, como ocurre en la primera instancia cuando se formula la reconvención contra quien previamente accionó con la demanda (no así cuando, como permite el art. 407 LEC, se dirige la reconvención contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor)¹¹³. De esta manera, en el recurso de apelación, tanto el demandante como el demandado pueden estar legitimados activa y pasivamente para apelar. Así, activamente legitimado lo estará cualquiera a quien le perjudique la resolución de primera instancia, y tendrá legitimación pasiva aquél a quien potencialmente perjudique la estimación del recurso si es que previamente se interpone.

Pero no sólo quienes fueron parte en la primera instancia están legitimados, como así se reconoce en el art. 13.1 de la LEC para los casos de intervención: *«El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte»*. Es decir, que cabe la posibilidad de que, con determinadas exigencias (como pusimos de manifiesto al hablar de los terceros interesados en el concepto de recurso), los terceros que no han sido parte

¹¹² De ahí que podamos afirmar, que la legitimación en la primera instancia no conlleva necesariamente la legitimación para la segunda: se puede estar legitimado en la primera instancia y no en la segunda, cuando a quien lo estaba en la primera instancia, la resolución no le causa perjuicio o gravamen.

¹¹³ Al respecto véase nota 89 *ut supra*

en la primera instancia, pero que resulten gravados por la resolución dictada, les esté permitido recurrir en fase de apelación (bien directa, bien reconvencional), y por lo tanto que ostenten legitimación. En ello consiste precisamente la institución de la intervención procesal, en permitir a un tercero la entrada en un proceso pendiente, por tener algún interés directo y legítimo en el resultado del pleito o por resultar afectado por lo que en él se resuelva (art. 13 LEC).

La LEC de 1855 no hacía mención alguna a la institución de la intervención, como tampoco la ALEC de 1881 a pesar de que su contemporánea LECrim. sí preveía la posibilidad¹¹⁴. La nueva LEC por primera vez regula la institución en los arts. 13 y 14 LEC, dedicando el primero de ellos a la intervención voluntaria, y el segundo a la intervención «provocada». Institución de amplia tradición en nuestro derecho histórico a pesar de su ausencia en las leyes de enjuiciamiento, pues ya en el Derecho romano, a pesar de la inicial prohibición de apelar para el tercero, y como refiere OROMÍ I VALL-LLOVERA, glosando a MANRESA Y NAVARRO y a AIKÍN ARALUCE, se impuso la norma de que la legitimación para reclamar pertenecía a la persona que con justa causa tuviera interés en ello, lo que dio lugar en las fuentes clásicas a una casuística sobre los terceros a los que debido a su relación con el objeto litigioso se les reconocía el derecho de la apelación¹¹⁵.

Una vez que la LEC ha regulado expresamente la institución de la intervención, se zanja parcialmente la discusión existente bajo la antigua LEC sobre si era posible o no la intervención del tercero, y si estaba o no legitimado para recurrir: *«El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte»* (art. 13.3.III LEC). Y decimos parcialmente pues como señala CALDERÓN CUADRADO, “la nueva normativa tan sólo se refiere a los intervinientes en calidad de parte en el juicio de que

¹¹⁴ El art. 854 LECrim. señala: *«Podrán interponer el recurso de casación: (...) los que hayan sido parte en los juicios criminales, y los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y los herederos de unos y otros»*.

¹¹⁵ OROMÍ I VALL-LLOVERA, S.: *El recurso de apelación...*, op. cit., págs.. 151 y 152, citando a MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit. págs.. 167 y ss., y a AIKÍN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación ...*, op. cit. págs.. 102 y ss.

traiga causa el recurso, olvidándose, quizá por su excepcionalidad, del tercero condenado”¹¹⁶.

Ello nos lleva a una distinción necesaria: entre los terceros condenados en la sentencia, y aquellos otros terceros que sin ser parte ni haberse dictado sentencia en su contra tienen interés en apelar. En el primer caso, no hay dudas de que puede afirmarse su legitimación para recurrir en apelación, pues aunque no haya sido parte en la litis, le afecta de forma inmediata la resolución dictada causándole un perjuicio directo, y privarle del derecho a recurrir conllevaría la vulneración del principio de contradicción conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído. Este tercero, como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, “aunque no haya sido parte en el proceso es parte respecto de la sentencia y lo será en un eventual proceso de ejecución”¹¹⁷. Y ello aunque el art. 13 LEC sólo se refiera a los intervinientes en calidad de parte en juicio de que traiga causa el recurso, sin hacer mención alguna al tercero condenado. Bien es cierto, que esta posibilidad de condena de un tercero, normalmente se producirá en un litigio en el que haya mediado algún fraude procesal en daño del no litigante¹¹⁸.

El segundo caso, el de quien sin ser parte en la primera instancia ni condenado en la sentencia dictada, resulta perjudicado por la sentencia y por tanto tiene interés en apelar, es más peculiar. El art. 13 LEC no despeja la duda de si la primera comparecencia puede producirse en la interposición del recurso, pues admite la intervención «*mientras esté pendiente el proceso*», pero se refiere sólo a la condición de demandante o demandado, sin mencionar al recurrente o recurrido. Autores como PASCUAL SERRATS consideran que estos terceros están legitimados para recurrir, si bien cuando concurren las mismas circunstancias que legitiman para intervenir en la instancia, es decir, detentan la titularidad de la relación deducida en el proceso (interviniente

¹¹⁶ CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Disposiciones generales sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Presente y futuro del proceso civil*, director PICO I JUNOY, J., Barcelona, 1998, pág. 342-343

¹¹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Del recurso de casación», en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pág. 825

¹¹⁸ A estos supuestos, con cita del Derecho italiano, se refiere CEDEÑO HERNÁN, M.: *La tutela de los terceros...*, *op. cit.*, pág. 99.

litisconsorcial), o la titularidad de una relación dependiente de aquélla (interviniente adhesivo simple). Así afirma la autora mencionada que “el proceso no ha finalizado, sino que a través de la apelación se abre una nueva fase del mismo; si la intervención es posible en cualquier momento durante la pendencia del proceso, cabe pensar que podrán hacerlo precisamente recurriendo o, incluso, durante la tramitación del recurso”¹¹⁹. No obstante, parece claro que cuando el art. 13 LEC admite la posibilidad de intervención «*mientras se encuentre pendiente el proceso*», está permitiendo, aunque implícitamente, la posibilidad de intervenir por primera vez en apelación.

Por otra parte, legitimado pasivamente en el recurso de apelación, y por tanto la condición de apelado, potencialmente la podrán tener todas las personas que hayan tenido la condición de parte en la primera instancia, aunque no todas ellas necesariamente tendrán tal condición de parte pasiva en la apelación. En los procesos con singularidad en la posición (en los que no exista ningún tipo de litisconsorcio), no cabe duda que si una recurre, la otra necesariamente adquirirá la condición de apelado, en tanto resultará perjudicada por la sentencia que se dicte en una hipotética estimación del recurso. Ahora bien, al igual que con la legitimación activa, los problemas se plantean en los casos de pluralidad –de partes- en alguna de las posiciones procesales (ya sea por situaciones litisconsorciales, adhesivas simples, o por acumulación de procesos). Piénsese, por ejemplo, en los casos de las personas que ocupando la misma posición procesal en la instancia que el apelante posteriormente no recurren.

Hablamos de pluralidad de partes cuando dos o más personas se constituyen en un proceso en la posición de demandante y/o demandado, estando legitimadas para ejercitar, o para que frente a ellas se ejercite, una pretensión, de manera que el juzgador ha de dictar una única sentencia con un solo pronunciamiento que tiene la virtualidad de afectar a todas las partes de modo directo o reflejo¹²⁰. En estos casos en los que además no se exige una actuación conjunta, sino que cada uno de los litisconsortes puede adoptar una postura

¹¹⁹ PASCUAL SERRATS, R.: *El recurso de apelación civil...*, op. cit., págs.. 183-184. La autora pone como ejemplo los casos de solidaridad, citando el artículo 1141.2º Cc: «*Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos, sin que el acreedor esté obligado a demandarlos conjuntamente, a la vez, bastando dirija la reclamación contra uno sólo*».

¹²⁰ MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II*, op. cit., pág. 83.

distinta, se plantea el problema de si quienes actuaron en litisconsorcio y no recurrieron habiéndolo hecho uno de ellos, ocupan la posición de apelantes, de apelados, o permanecen al margen del procedimiento impugnatorio aun cuando resulten afectados por la resolución que se dicte. FAIRÉN GUILLÉN lo resuelve de la siguiente manera: “Todo litisconsorte necesario o cuasinecesario puede interponer los recursos admisibles según la ley. El recurso interpuesto por uno de ellos aprovecha a los demás, según el principio de representación. En este sentido, la Partida III, Ley V, Título XXIII establece: *«Acaesciendo que diessen sentencia sobre alguna cosa que fuesse mueble o rays que perteneciesse a muchos comunalmente si alguno de ellos se alçó de aquel juicio, e siguió en la alçada en manera que venció non tan solamente faze pro a el, mas a sus compañeros bien assi como si todos ouiessen tomado alçad e seguido el pleito»*”¹²¹. Si bien matiza que no se trata de una auténtica representación, pues lo que ocurre es que “se concede a las actuaciones llevadas a efecto en interés propio un acto reflejo sobre la posición procesal de los litisconsortes inactivos o rebeldes”. CARRERAS DEL RINCÓN, por su parte, señala que la doctrina ha admitido pacíficamente que la actividad procesal de uno de los litisconsortes que “produzca consecuencias favorables aprovecha a todos los demás, aunque se hubieran aquietado. En cambio, los actos perjudiciales realizados por uno sólo de los litisconsortes necesarios no perjudican a los demás litisconsortes; es más ni siquiera perjudican a quien los realizó. Ello ocurrirá en la medida en que dicho acto afecte al Derecho material y en que pueda considerarse común a todos ellos: siendo así, si puede calificarse de favorable, gozará de eficacia general, si perjudica a los demás no será en absoluto eficaz”¹²².

Trasladando la anterior doctrina a situaciones concretas, por ejemplo al caso de obligaciones solidarias, si recurre uno de los demandados condenados negando la existencia de una deuda o pide su reducción, los demás aun cuando permanezcan al margen del recurso resultarán afectados por la sentencia que finalmente resuelva la apelación en la medida en que será más beneficiosa en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*. Ahora bien, si el recurrente lo que pide es que el tribunal *ad quem* se

¹²¹ FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1995, pág. 151.

¹²² CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones desde la óptica procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 215.

pronuncie sólo sobre su responsabilidad, en el caso de estimación del recurso los demás litisconsortes se verán afectados negativamente en la medida en que la proporción de la deuda que les corresponde será mayor. Por ello debemos entender, que todos los litisconsortes ostentan legitimación pasiva en el recurso de apelación, y por tanto adquieren la condición de apelados en el recurso de apelación, y todos ellos deben considerarse incluidos en el término “partes” del art. 461 LEC.

Podemos concluir que la legitimación pasiva corresponde a todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por los pronunciamientos de la resolución de segunda instancia. En el caso de las personas que fueron parte en la primera instancia, no hay problema ninguno; y aunque pudiera parecerlo, tampoco en el caso de terceros que acrediten poder ser afectados por los pronunciamientos de la futura resolución.

G.- LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» DEL APELANTE INICIAL

Por su excepcionalidad y por su dificultad hemos tratado por separado una cuestión más en lo que se refiere a quién puede formular la apelación «reconvencional»: ¿Puede el apelante inicial formular apelación «reconvencional»? Se trata de un caso que se ha producido con cierta frecuencia en la práctica y que ha sido resuelta por nuestros tribunales en sentidos contrarios, incluso por el Tribunal Supremo en dos sentencias contradictorias entre las que apenas medió el plazo de 4 días¹²³, si bien a partir de la sentencia de 18 de enero de 2.010, las Audiencias Provinciales, acogiendo la interpretación del Tribunal Supremo, van homogeneizando su doctrina.

La discusión se origina como consecuencia de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC. Considerando aisladamente el apartado 1 del art. 461 LEC, la respuesta ha de ser favorable a la posibilidad de que el apelante inicial formule

¹²³ Así, en las sentencias de 13 y 18 de enero de 2.010, que más adelante, en el apartado I.1 de este Capítulo III, comentamos.

apelación «reconvencional», toda vez que como declara la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), en sentencia núm. 114/2006, de 28 de junio, el art. 461.1 LEC permite a cualquier parte apelada impugnar la sentencia en lo que le resulte desfavorable sin ningún límite procesal, sea o no esa parte apelada a su vez apelante inicial. Ahora bien, el apartado 2 del art. 461 LEC hace mención a los escritos de oposición al recurso y, en su caso, *«de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido»*, lo que lleva a pensar que solamente quien no tenga la condición de apelante inicial, puede deducir escrito de impugnación a medio de apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461 LEC¹²⁴.

Es claro que el supuesto sólo podrá darse en el seno de un procedimiento en que se ventilen pretensiones complejas (acumulación de acciones, o pluralidad de partes), pues en el esquema básico de relación bilateral sencilla, esto es demandante y demandado con una sola pretensión a resolver en la primera instancia, el caso no podrá darse. Se dictará una sentencia en primera instancia estimando o desestimando la demanda, y sólo una de las partes podrá sufrir perjuicio por el pronunciamiento contenido en la resolución, por lo que la otra parte carecerá de legitimación para recurrir.

Ahora bien, en los casos de relaciones bilaterales compuestas (un demandante frente a varios demandados; varios demandantes frente a un demandado; varios demandantes frente a varios demandados; o en los casos de acumulación objetiva de acciones que conllevarían el dictado en primera instancia de una resolución con varios pronunciamientos), puede darse el siguiente supuesto: demandante que ejercita dos acciones, una contra un demandado a quien se le condena (estimación total), y otra contra dos codemandados de quienes pide la condena solidaria al pago de una cantidad, estimándose parcialmente la demanda frente a los dos, a quienes se les condena a pagar una cantidad inferior a la solicitada en la demanda. ¿Quién tiene la condición de apelante inicial con respecto de un sujeto procesal, puede a su vez formular apelación reconvencional frente a otro sujeto que también ostenta la condición de apelante inicial?

¹²⁴ En este sentido por ejemplo, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 869/2009 de 18 de enero, que más adelante comentamos, y que es contraria a la sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero. Además del Tribunal Supremo, son muchas las Audiencias Provinciales que se pronuncian con el mismo argumento, cuyas resoluciones citamos más adelante.

¿Puede el demandante interponer recurso sólo contra uno de los codemandados solidarios por la desestimación parcial, y formular apelación «reconvencional» frente al otro codemandado que impugnó la sentencia contra la estimación parcial?¹²⁵

Con una primera y rápida interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC, podríamos afirmar que el sujeto procesal que adquiere la condición de apelante inicial no puede adquirir la de apelante «reconvencional», con independencia de frente a cuáles de los sujetos procesales ostente o no dicha condición. Es decir, si el apelante inicial adquiere la condición por haber interpuesto el recurso de apelación ex. art. 458 LEC, es en dicho momento en el que debió señalar todos los pronunciamientos que

¹²⁵ De forma más gráfica y detallada, el supuesto de hecho, ciertamente complejo, sería el siguiente:

- Procedimiento de primera instancia en el que el demandante A acumula dos acciones que dirige frente a tres codemandados: la primera acción frente a B, y la segunda acción solicitando la condena solidaria contra C y D. Se dicta sentencia por la que se estima totalmente la acción dirigida frente a B. Además se condena a C y D solidariamente al pago de la mitad de lo pedido por A, esto es, se estima/desestima parcialmente la demanda frente a C y D.
- A interpone recurso contra el pronunciamiento por el que se desestima parcialmente la demanda frente a C; no está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a B por cuanto no le causa perjuicio, y se aquieta con el pronunciamiento que le es desfavorable de la desestimación parcial de la demanda frente a D.
- D interpone recurso contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda de A frente a él; no está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a B. Y aun cuando está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a C por tratarse de una obligación solidaria, se aquieta con el pronunciamiento.
- Se tiene por interpuesto el recurso (art. 458.3 LEC) de A frente a C, por lo que A adquiere la condición de apelante inicial, y C la condición de apelado; y se tiene por interpuesto el recurso de D frente a A, por lo que D adquiere la condición de apelante inicial, y A la condición de apelado. Obsérvese que A tiene la doble condición de apelante inicial y de apelado, pero es apelante inicial; y que al tiempo, C tiene interés en el recurso de D, y éste en el recurso de A frente a C, toda vez que la pretensión deducida por A es la condena solidaria.
- De los escritos de interposición de los recursos de A frente a C y de D frente a A, se da traslado a las demás partes (art. 461 LEC, en el que el legislador dice que se dará traslado a las demás partes sin acotar el traslado a las partes apeladas), y la posición que adoptan es la siguiente:
 - B guarda silencio pues en nada le afecta el recurso que A dirige frente a C, ni el que D dirige frente a A.
 - D sin oponerse al recurso de apelación que A dirige frente C impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a A. Recuérdese que al tratarse de una obligación solidaria la que reclama A frente a C y D, la condena de C perjudica a D, y la de D perjudica a C (art. 1141, 1145 y ss. del Código civil).
 - C, se opone al recurso que A dirige frente a él combatiendo la desestimación parcial de la demanda frente a C, y al tiempo impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» y solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se estimó parcialmente la demanda que le dirigió A.
 - A por su parte, se opone al recurso de D.
- En el trámite de alegaciones a las impugnaciones deducidas por C y D del art. 461.4 LEC, A se opone a las apelaciones «reconvencionales» que han deducido C y D frente a ella.

resultándole desfavorables quería combatir, sin que pueda ampliarlos en trámites posteriores (por vía de la apelación «reconvencional» ex. art. 461.1 LEC), porque lo impiden el principio de preclusión, y el propio art. 461.2 LEC en tanto sólo se refiere al escrito de impugnación de la sentencia, y por tanto a la apelación «reconvencional», deducida «*por quien inicialmente no hubiere recurrido la sentencia*». No obstante, y sin perjuicio de lo que más adelante argumentamos, podríamos hacer desde este momento una rápida objeción: el apartado 1 y el apartado 2 del art. 461 LEC no son complementarios, pues el primero tiene por objeto la regulación de un trámite cuya inspiración es el principio de audiencia y contradicción (dar la oportunidad al apelado de oponerse, alegar y contradecir, la apelación dirigida contra él) y la concesión de una facultad cuya razón de ser se explica en la Exposición de Motivos de la LEC: la impugnación tardía de la resolución de primera instancia. El apartado 2, por su parte, tiene por objeto regular la forma en que la evacuación del trámite de oposición y de la apelación «reconvencional» deben llevarse a cabo, pero ni concede ni priva de facultades¹²⁶.

Consideramos que el Tribunal Supremo simplifica en exceso la cuestión, y como consecuencia de la simplificación llega a una errónea conclusión. Para poder darle solución es necesario considerar aisladamente las relaciones procesales entabladas entre cada uno de los sujetos procesales, en un doble sentido: por un lado, la *relación subjetiva* que se entabla entre unos y otros; por otro lado, la *relación objetiva*, esto es, considerando el pronunciamiento que se combate, bien en apelación inicial, bien en apelación reconvencional. Y ello porque la condición de apelante inicial se puede tener con respecto de un sujeto procesal, pero no con respecto de otros; más aún, con respecto de un mismo sujeto procesal se puede tener la condición de apelante inicial con base en la discusión de un pronunciamiento, pero a la vez la condición de apelado (no apelante inicial) con base en otros pronunciamientos. Es necesario a nuestro entender, establecer el esquema de relaciones bilaterales entre los sujetos procesales y con respecto de cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, para así establecer una regla que sirva para la resolución de todos los casos que se planteen en la práctica. Así analicemos

¹²⁶ De ahí que consideremos desacertado que se afirme con respecto de la apelación «reconvencional», que el art. 461.2 LEC “*reserva esa posibilidad impugnatoria solo y exclusivamente a la parte que “inicialmente no hubiere recurrido*”, afirmación que hace la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia núm. 34/2010 de 28 de enero.

cada una de las relaciones bilaterales existentes entre los distintos sujetos procesales del ejemplo, con base en cada uno de los pronunciamientos discutidos, para así poder determinar si las actuaciones llevadas a cabo son procesalmente admisibles:

i.- La relación procesal entre A y B no plantea problemas. A obtuvo un pronunciamiento favorable, estimatorio de la demanda, y B que estaba legitimado para recurrir, se aquietó con el pronunciamiento. Al no interponer recurso el perjudicado B, el pronunciamiento adquirió firmeza produciéndose los efectos de la cosa juzgada formal y material (arts. 207 LEC).

ii.- La relación procesal entre A y C: la pretensión de A en la primera instancia fue la condena solidaria de C (junto a D) al pago de una determinada cantidad. La sentencia de primera instancia dicta un pronunciamiento que al tiempo beneficia y perjudica a A y a C: la estimación/deestimación parcial de la demanda. Esto es, nos encontramos con dos sujetos procesales y dos pronunciamientos recurribles (en tanto causan perjuicio a alguna de las partes). Las actuaciones procesales que llevan a cabo cada una de ellas son:

A interpuso recurso de apelación contra la desestimación parcial de la demanda frente a C (art. 458 LEC). A adquirió la condición de apelante inicial con respecto a C, y una vez que a éste se le da traslado del recurso (art. 461.1 LEC), C no se opone. No obstante, y comoquiera que C es perjudicado por la estimación parcial, existiendo un apelante inicial que es A (recordemos que uno de los presupuestos de la apelación «reconvencional» es la previa existencia de un apelante inicial), impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» en la forma establecida en el art. 461.2 LEC (art. 461.1 LEC). De esta manera A suma a su condición de apelante inicial de C, la de apelado «reconvencional» de C; y C a su condición de apelado inicial de A, la de apelante «reconvencional» de A.

No se plantearía el problema de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC, toda vez que el apelante inicial A no formula a su vez apelación «reconvencional» (con independencia de que no pueda como luego indicamos); y quien si la formula que es C, no tiene la condición de apelante inicial.

Señalemos que C por su parte, pudo interponer ex art. 458 LEC recurso de apelación contra la estimación parcial de la demanda que frente a él dedujo A. Así A habría adquirido la posición procesal de apelado inicial con respecto a C, y una vez se le diera traslado podía oponerse al recurso de C. Pero A ya no podía formular apelación «reconvencional» porque con respecto al mismo sujeto procesal C y mismo pronunciamiento (desestimación parcial) ha adquirido la condición de apelante inicial. Veamos: A tiene esta condición de apelante inicial en todo caso, pues interponiendo recurso de apelación ex. art. 458 LEC la adquiere. Pero lo determinante es frente a quién adquiere la condición y con respecto a qué pronunciamiento. En el ejemplo, A no adquiere la condición de apelante inicial con respecto de B, porque no interpuso recurso ex art. 458 LEC frente a B (con independencia de que no estaba legitimado para ello, pues el pronunciamiento con respecto a B no le causaba perjuicio ni le suponía gravamen)¹²⁷.

iii.- La relación procesal entre A y D: La pretensión que formula A en la primera instancia, en lo que al sujeto procesal D se refiere, es la condena solidaria de D al pago de una cantidad, petición que es parcialmente desestimada, por lo que causándole perjuicio, A pudo impugnar el pronunciamiento desfavorable que en la primera instancia desestimó la reclamación frente a D¹²⁸. No obstante, A se aquietó con el pronunciamiento.

¹²⁷ Si uno de los presupuestos para poder recurrir una resolución es que ésta afecte desfavorablemente al interesado (art. 448 LEC), lógico resulta que todas las actuaciones procesales con respecto a ese pronunciamiento se dirijan frente al beneficiado por el pronunciamiento, pero no con respecto a los demás sujetos procesales a quienes en nada tiene por qué afectarles el pronunciamiento. Si el pronunciamiento perjudica a A y beneficia a B, y en nada afecta a C, el recurso de A puede no afectar en nada a C, por lo que C ni se opondrá al recurso de A frente a B, ni cumplimentará el emplazamiento ante la Audiencia Provincial ex. art. 463 LEC.

¹²⁸ El trámite de interposición del recurso es común para todos los sujetos procesales, y único con respecto a la resolución de primera instancia. Esto es: aun cuando A quiera dirigir su recurso frente a varios sujetos, evacuará un solo escrito de interposición, y no tantos como sujetos frente a los que dirija el recurso de apelación. Del mismo modo, en ese único escrito, impugnará todos los pronunciamientos que quiere combatir, con independencia de que esos pronunciamientos afecten a distintos sujetos procesales. Bien es

Obsérvese que A adquirió la condición de apelante inicial con la interposición del recurso frente a C, por lo que siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 2.010, ya no podría formular apelación «reconvencional» contra ninguno de los sujetos procesales en el trámite del art. 461.1 LEC.

D por su lado, interpuso recurso de apelación contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda de A frente a él. De esta manera D adquiere la condición de apelante inicial, aunque sólo frente a A y con respecto al pronunciamiento de estimación parcial de la pretensión de condena solidaria, y A a su vez adquiere la condición de apelado sólo frente a D y con respecto al mismo pronunciamiento. Obsérvese, como señalábamos antes, que el pronunciamiento contra el que D interpone recurso de apelación frente a A, afecta también a C, pues al tratarse de una obligación solidaria la que reclama A frente a C y D, la condena de C perjudica a D, y la de D perjudica a C (art. 1141, 1145 y ss. Código civil). Sin embargo D, aún cuando mediante la interposición del recurso de apelación frente a A adquiere la condición procesal de apelante inicial, entendemos que sólo la adquiere con respecto de A, y no con respecto del resto de los sujetos procesales, máxime cuando en el caso la parte activa es singular. D, que integra la parte pasiva junto a B y C, no adquiere la condición de apelante inicial ni de apelado con respecto de B y C, por la misma razón por la que un codemandado no puede dirigir recurso de apelación frente a otro codemandado¹²⁹.

cierto que nada impide que el apelante inicial formule tantos escritos de impugnación ex art. 458 LEC como sujetos procesales frente a los que dirigirá la apelación, incluso en algunos casos puede ser conveniente. Eso sí, todos los escritos habrán de reunir los requisitos de forma y plazo. En consecuencia, el órgano *a quo* podrá dictar ex art. 458.3 LEC una sola resolución teniendo por interpuestos o denegando todos los recursos de apelación (aunque sean varios se tramitarán en un solo proceso), o bien tantas resoluciones como escritos de interposición.

¹²⁹ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), núm. 409/2010 de 15 de julio: “*Si como ocurre en este caso, hay más de una parte en una de las posiciones procesales (aquí se trata de tres demandadas), ninguna de ellas, por vía de recurso (principal o mediante impugnación de la sentencia) puede pedir la condena o empeoramiento de la situación de las demás que tengan su misma condición: todo lo más podrá una de las demandadas, por ejemplo, atacar los argumentos de otra que pueda perjudicarle a ella; en casos como este, de reclamación por responsabilidad decenal dirigida contra la empresa constructora, el arquitecto y el aparejador, en que han resultado condenadas las tres demandadas solidariamente, si el recurso de la constructora se basara en alegar que la única responsabilidad era del aparejador, podría éste atacar los argumentos del recurso que se basan en esa tesis, como medio de salvar su propia responsabilidad, que se vería agravada si fuese acogido el recurso de la empresa y excluida esta de la responsabilidad pedida en la demanda; pero con ello solo podría, si no hubiera recurrido a su vez la sentencia, solicitar la confirmación de la misma*”

Avanzando, en el trámite del art. 461.1 LEC, D sin oponerse al recurso de apelación que A dirige frente a C, impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a A y contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda frente a C. Veamos: el pronunciamiento por el que se condena a C a pagar la mitad de lo que en primera instancia A reclamo solidariamente a C y D, reiteramos que causa un claro perjuicio a D, toda vez que una vez que C pague a A aquello a lo que se le condenó (o se le cobre en ejecución de sentencia), al amparo del art. 1145 Código civil que establece «*el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo*», C podrá reclamárselo a D, precisamente con base en la sentencia de primera instancia si es que el recurso de C es desestimado. Es evidente que D tiene interés directo en el recurso de A frente a C, y que el pronunciamiento de primera instancia, como el que se dicte en segunda instancia, le afectará favorable o desfavorablemente.

Por ello consideramos que D, está legitimado para en el trámite de impugnación de la sentencia del art. 461.1 LEC, formular apelación «reconvencional» frente a A y contra el pronunciamiento frente al que causándole perjuicio (el producido contra C) inicialmente se aquietó, y que una vez conocido que por A se interpuso recurso frente a la desestimación parcial, decidió a su vez recurrirlo en apelación «reconvencional». Llegamos a esta conclusión porque, si bien es cierto que entre A y D existe relación procesal en el recurso de apelación, toda vez que A es apelado de D, y D es apelante inicial con respecto a A, esa relación procesal se entabla con ocasión del recurso contra el pronunciamiento de primera instancia consistente en la estimación parcial de la demanda frente a D, pero no con respecto al pronunciamiento en que se estima parcialmente la demanda frente a C. Es decir, concurriendo la *relación subjetiva*, falta la *relación objetiva*: D es apelante inicial frente a A con respecto al pronunciamiento de estimación, pero ni D es apelante inicial frente a A, ni este es apelado de D, con respecto al pronunciamiento de estimación frente a C, que si perjudica a D y beneficia a A.

De ahí que podemos concluir con la proposición de la siguiente regla, válida no sólo para los casos de pluralidad de partes, sino también para los de singularidad en las dos posiciones procesales: quien es apelante inicial con respecto de un concreto sujeto procesal con ocasión de un determinado pronunciamiento, puede usar del trámite de

impugnación del art. 461.1 LEC mediante la apelación «reconvencional» frente a otro sujeto procesal y con respecto a pronunciamientos distintos de los contenidos en el escrito de interposición del recurso inicial ex art. 458 LEC¹³⁰.

H.- LA «RECONVENCIÓN» A LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Establece el art. 461.4 LEC que *«De los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el Secretario judicial dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente»*. Obsérvese que el traslado que se prevé lo es a quien tiene la condición de apelante inicial con respecto del apelante «reconvencional», y sólo a los efectos de oposición a la apelación «reconvencional», y no a otros efectos como el de ejercitar una especie de «reconvencción» a la apelación «reconvencional», produciéndose una absurda situación que llevaría, por virtud del principio de audiencia y contradicción, a un nuevo trámite no previsto consistente en dar traslado de la «reconvencción» al apelante «reconvencional», para que éste a su vez pudiera oponerse a dicha «reconvencción», quien sabe si formulando a su vez apelación «reconvencional» a la «reconvencción frente a la apelación reconvencional primera» y así sucesivamente. Esto es, a una situación de apertura

¹³⁰ Así, aunque referido a los supuestos de pluralidad de partes, la STS 734/2014, de 6 de marzo: *“Si en el litigio hay varios litigantes porque se ha producido una acumulación subjetiva de acciones (normalmente de un demandante contra varios demandados, pero no necesariamente, aunque para mayor claridad nos referiremos al supuesto más habitual), este tribunal ha considerado que la regla del art. 461.1 de la LEC ha de aplicarse independientemente en cada relación actor-codemandado, de tal modo que el recurso de apelación que el demandante interponga respecto de uno de los codemandados no le impide impugnar la sentencia con motivo del recurso de apelación interpuesto por otro de los codemandados respecto del que inicialmente el demandante no hubiera recurrido, por aplicación del brocardo «tot capita, tot sententiae» [tantas sentencias cuantas personas]. Así se ha declarado en la sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2.009”* Sentencia citada en multitud de sentencias posteriores, como la de la AP. de Palma de Mallorca, núm. 381/2016, de 23 de noviembre; AP. Madrid núm. 415/2016, de 14 de julio; AP. Elche núms. 311 y 307/2016, de 12 y 11 de julio; AP. Alicante núm. 158/2016, de 10 de junio; y un largo etcétera.

El matiz que se observa en la jurisprudencia, es que la regla la aprecian sólo en sentido subjetivo –de forma limitada-, y no el sentido objetivo que nosotros también proponemos. Es decir, que para el Tribunal Supremo, quien es recurrente inicial con respecto de los pronunciamientos que afectan a un codemandado, puede ser recurrente «reconvencional» con respecto de otro codemandado que a su vez sea recurrente inicial; pero no puede ser recurrente «reconvencional» frente a un pronunciamiento que afecta a un codemandado con respecto al que ya ostenta la condición de recurrente inicial.

reiterada e indefinida de los trámites sucesivos previstos en los arts. 461.1 y 461.4 LEC, que ni el legislador prevé, ni quiere.

Dictada una sentencia en primera instancia que contiene varios pronunciamientos, con respecto de cada uno de los pronunciamientos las partes disponen de dos momentos u opciones para combatirlo, siempre y cuando el concreto pronunciamiento les cause perjuicio o gravamen: el primero, digamos automático, consistente en la interposición (art. 458 LEC) del recurso de apelación, frente al pronunciamiento que le causa gravamen; el segundo, digamos condicionado, al que sólo se accede si previamente alguno de los sujetos procesales ha abierto la apelación inicial, y que es el previsto en el art. 461 LEC, impugnando el pronunciamiento mediante la apelación «reconvencional». Fuera de estos momentos no es posible combatir un pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia, por dos razones: la primera es el principio de audiencia y contradicción de la otra parte; la segunda, porque el legislador no ha previsto cauce para ello.

Así, por lo que se refiere al principio de audiencia y contradicción, coincidimos con CHOZAS ALONSO, quien señala: “Cuando el apelado no se limita a oponerse al recurso de apelación, sino que impugna autónomamente la sentencia a través del trámite previsto en el art. 461.1 LEC, se suma a la apelación originaria, y abre la posibilidad de que el apelante principal, como correlato de esta actuación sobrevenida, pueda pronunciarse sobre la inviabilidad de dicha impugnación (o sobre la admisibilidad de la documentación aportada o sobre la prueba propuesta por la contraparte). Sin embargo, en este trámite de mera oposición (art. 461.4 LEC), el mencionado apelante originario debe tener vedada toda posibilidad de introducir nuevas alegaciones y/o pretensiones frente al apelado-apelante (cosa que debió hacer en los escritos de preparación e interposición del recurso), ya que éste carece de un trámite equivalente para defenderse”¹³¹.

¹³¹ CHOZAS ALONSO, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*. Debemos recordar que el comentario realizado por el Prof. es anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011 vaciando de contenido el art. 457 LEC, y eliminando la fase de preparación del recurso.

I.- LA REFORMA POR LA LEY 37/2011, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL Y LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Decíamos con anterioridad que, dentro de la tramitación del recurso de apelación, el trámite de potestativa impugnación previsto en el art. 461 LEC es el que más casuística ofrece en la práctica diaria ante los tribunales, sin duda porque permite un amplio margen a la estrategia procesal. Así, las opciones son muy diversas, tanto en los casos de singularidad en cada una de las posiciones en la primera instancia (un solo demandante frente a un solo demandado), como en los casos de pluralidad en cada una de las posiciones (situaciones litisconsorciales), y con independencia de la siempre posible intervención de terceros que puedan resultar perjudicados por la sentencia de primera instancia (como el caso de la solidaridad de obligaciones ya citado).

Bien es cierto que hasta la reforma por la Ley 37/2011, por la que se vació de contenido el artículo 457 y se eliminó la fase de «preparación», la casuística era mayor, como vemos en el primero de los casos que a continuación comentamos, y que dio lugar a una corriente jurisprudencial que no podemos desdeñar. Lo analizamos porque nos ayudará a entender los criterios seguidos por la jurisprudencia y sobre todo la evolución y los porqués de las modificaciones legislativas. Pero por otro motivo más, toda vez que la jurisprudencia habida sobre esta cuestión nos ayudará a resolver otro problema que sí se plantea a partir de la reforma, y que consiste en la falta de personación ex art. 463.1.II LEC por quien interpuso recurso de apelación inicial, o en su caso recurso de apelación «reconvencional».

Abordamos el estudio de los supuestos más significativos y que, con mayor o menor acierto, han sido resueltos por la jurisprudencia (en sentido amplio, y por tanto incluyendo la denominada “jurisprudencia menor”).

I.1.- EL DESAPARECIDO PROBLEMA DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN TRÁMITE DE OPOSICIÓN, POR QUIEN PREPARÓ RECURSO DE APELACIÓN Y NO LO INTERPUSO: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 1ª), NÚM. 114/2006, DE 28 DE JUNIO, CONFORME A LA LEC ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 37/2011. Y LA CUESTIÓN DE LA FALTA DE PERSONACIÓN ANTE EL ÓRGANO *AD QUEM* TRAS LA REFORMA POR LA LEY 37/2011

A.- Antes de la reforma por la Ley 37/2011: preparación y falta de interposición.-

Podía darse el supuesto de que contra la resolución de primera instancia se preparara ex art. 457 LEC, ahora vaciado de contenido, el recurso de apelación por ambas partes, demandante y demandada, y que solo una de ellas lo interponga adecuadamente, teniendo en cuenta los dos momentos que con anterioridad a la reforma se establecían en la tramitación ante el órgano *a quo*: preparación e interposición. Se cuestionaba si la parte que no lo interpuso en forma adecuada, podía impugnar la resolución por medio de la apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC.

Conforme al art. 461 LEC, en principio no habría inconveniente, máxime si teníamos en cuenta que la apelación «reconvencional» es un recurso autónomo, para el que se concedía un tardío plazo de interposición. Recordemos que el art. 457 LEC establecía que el recurso de apelación se preparara mediante un escrito en el que el apelante se limitara a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir, expresando los pronunciamientos que impugnaba; preparado o anunciado el recurso, y comprobado el cumplimiento de los requisitos, el juzgado *a quo* lo tenía por preparado, emplazando al recurrente por veinte días para que lo interpusiera, de manera que si el recurrente no interponía el recurso en el citado plazo, o lo hacía una vez vencido, «*se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida*» (art. 458.2 en su redacción anterior a la Ley 37/2011).

Ahora bien, cuando eran varios los que prepararon el recurso, y alguno de ellos lo interponía en plazo, el anunciante que no interpuso el recurso, o no lo hizo dentro del

plazo, posteriormente era emplazado para que presentara escrito de oposición al recurso del recurrente que si lo interpuso, «o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable» (art. 461.1 *in fine*). Es en este momento cuando el anunciante que no interpuso y cuyo recurso se declaró desierto, impugnaba la resolución en lo que le resultaba desfavorable aprovechando esta “nueva oportunidad”, esto es, interponía el recurso que ya se declaró desierto.

La Audiencia Provincial de Navarra apreció correcta la actuación del apelante «reconvencional», con el argumento de que no existía obstáculo procesal para examinar la impugnación realizada por el anunciante que no interpuso, toda vez que el art. 461.1 LEC permite a cualquier parte apelada –y el anunciante que no interpuso lo era por virtud del recurso de apelación interpuesto por su contrario-, impugnar la sentencia en lo que le resulte desfavorable, “sin ningún límite procesal, por lo que no es procedente negar a la parte actora dicha posibilidad, aun cuando inicialmente hubiese anunciado su voluntad de recurrir la sentencia, mediante la presentación del escrito preparando el recurso de apelación, ya que no habiéndose articulado el mismo, lo que es legítimo procesalmente, al convertirla en parte apelada le es posible, con ocasión de los recursos de apelación de las otras partes, impugnar la sentencia en aquello que pueda resultarle desfavorable”.

Cierto es que el art. 461.1 LEC, no establece ningún límite procesal para la impugnación de la sentencia por el apelante no inicial. Por su parte, el art. 461.2 LEC establece que los escritos de oposición y de impugnación de la sentencia habrán de formularse con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición. Al referirse al escrito de impugnación de la sentencia, especifica y concreta «por quien inicialmente no hubiere recurrido», de manera que puede considerarse, pues no lo dice de forma explícita, que el escrito de impugnación de la sentencia a que se refiere el apartado primero, sólo puede formularlo «quien inicialmente no hubiere recurrido».

De la lectura conjunta de los dos apartados del art. 461 LEC a los que nos venimos refiriendo, puede concluirse que el trámite de impugnación de la sentencia –lo que estamos denominando «apelación reconvencional»- está previsto para quien inicialmente no manifestó su voluntad de recurrir, máxime si tenemos en cuenta que el art. 458.2 LEC

establece que la no presentación del escrito de interposición (facultad que solamente tiene aquél que previamente lo anunció o preparó y a quien se le admitió, siempre ex art. 457 LEC), conllevará la declaración de desierto del recurso de apelación.

No podíamos estar de acuerdo con los argumentos de la Audiencia Provincial de Navarra, pues si bien es cierto que el art. 461.1 LEC no establece ningún límite procesal para la impugnación –lo que tampoco era del todo cierto en puridad, pues para la impugnación de la sentencia existían los mismos límites que para la preparación del recurso: plazo, gravamen, etc.-, en el caso de analizado sí existían límites. Por un lado porque de la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC podría desprenderse que la apelación «reconvencional» está reservada a quien no fue apelante inicial. Así el apartado 2 se refiere expresamente al escrito de impugnación *«por quien inicialmente no hubiere recurrido»*; además la Exposición de Motivos parece reservar en exclusiva la opción para quien fuera inicialmente apelado, al señalar: *«Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o la sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable»*¹³².

Por otro lado, porque conforme al art. 458.2 LEC si el apelante no presenta el escrito de interposición dentro del plazo, o lo hace fuera de plazo, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida. Mal podría conjugarse esta declaración de desierto y la consecuente firmeza, con la posibilidad de que tardíamente vuelva a articularlo por la vía de la impugnación o apelación «reconvencional»¹³³.

¹³² No obstante, nos remitimos al apartado dedicado a estudiar la legitimación en la apelación «reconvencional» (*Vid. infra* Parte I, Capítulo III.F), en el que discutimos el argumento de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2, por no parecernos demasiado adecuado.

¹³³ En este sentido, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en sentencia núm. 599/2010 de 17 noviembre; y la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia núm. 409/2010, de 15 de julio.

La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), en sentencia núm. 34/2010 de 28 de enero, se pronuncia en el mismo sentido de las anteriores, si bien además con el argumento que no compartimos y hemos discutido ampliamente, consistente en: *“Sin embargo, la parte demandada, con ocasión del traslado conferido del recurso de apelación de la parte actora, apela la sentencia de instancia, por vía de impugnación, la cual debió ser inadmitida a trámite, por no ser legalmente pertinente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 461.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reserva esa posibilidad impugnatoria*

Entendemos que quebrarían dos principios: el de legitimación para recurrir, pues si entendió la parte que la resolución le era desfavorable desde el principio y mediante el escrito de preparación manifestó su voluntad de recurrirla, debió cuidar la diligencia con la interposición del recurso; y el de la buena fe procesal del art. 247 LEC, que proscribe el fraude procesal.

En conclusión, la posibilidad de impugnar la Sentencia no se concede sin más a quien tuviere la condición de apelado en un procedimiento, condición ésta que es la que tiene quien en principio manifestó su voluntad de recurrir y que al no formalizar en el plazo al efecto concedido su recurso se le tuvo por desistido del mismo, sino que la facultad de impugnar un concreto pronunciamiento de la sentencia dictada por quien en principio no se opuso a la misma se reconoce sólo a quien desde un primer momento tuvo la condición de apelado, precisamente por no mostrar su disconformidad al concreto pronunciamiento desde que lo conoció y en el plazo al efecto previsto en las normas procesales, como expresamente se indica en la Exposición de Motivos de la LEC cuando explica que se prescinde en la Ley de la denominada adhesión a la apelación regulada en la Ley Procesal anterior, perfilándose el papel de quien a la vista de la apelación de otro "y siendo inicialmente apelado", no sólo se opone al recurso sino que además impugna la resolución y pide la revocación; sin que se pueda admitir que preparar un recurso y no

solo y exclusivamente a la parte que "inicialmente no hubiere recurrido", lo que no sucede en el presente caso". Sin embargo, y en sentido contrario se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en sentencia núm. 196/2009, de 6 de abril, al declarar: "La cuestión planteada en el cuarto motivo consiste en determinar si la denominada adhesión de Dª Eva al recurso de apelación presentado por su hermana una vez se había declarado precluido el presentado por ella misma constituyó un fraude procesal, tal como señala la parte ahora recurrente. Esta Sala ha venido manteniendo que la adhesión a la apelación es una posibilidad que la ley proporciona para que después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir contra la sentencia en aquellos términos que le son perjudiciales (STS 20 de abril de 1992, citada por la de 25 de noviembre de 1996). En la interpretación del actual art. 461.1 LEC debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en torno al art. 705 LEC/1881, pues si al perjudicado por una resolución judicial le permitía impugnarla por la vía del art. 705 LEC/1881 en los mismos términos que aquel cuyo recurso de apelación ha sido declarado desierto, debe permitírsele a través del art 461 LEC/2000 la impugnación de la resolución (ver asimismo STS de 24 octubre 2001, y las allí citadas)". Argumento que en modo alguno podemos compartir, pues si bien atiende a la literalidad del art. 705 ALEC, se olvida el resto de preceptos que en la ALEC regulaban el recurso de apelación para cada uno de los procedimientos que preveía. Y en concreto, el art. 705 ALEC regulaba el trámite de adhesión a la apelación en el juicio declarativo de menor cuantía, precediéndole el art. 704 ALEC en el que se emplazaba al apelante inicial por diez días "a fin de que, si les conviniera, comparezcan a usar de su derecho", y en el caso que examina el Tribunal Supremo, quien después se adhirió a la apelación, adquirió previamente la condición de apelante inicial, dejando decaer su derecho.

interponerlo sea identificable con no haber recurrido inicialmente, por cuanto que precisamente la regulación que contenía la LEC en cuanto al recurso de apelación, al diferenciar entonces la fase de preparación del recurso de la fase de interposición o formalización del mismo, no permitía realizar tal interpretación, ya que el mero hecho de presentar un escrito preparando el mismo, convirtiendo al recurrente en apelante inicialmente, y por ello, por ser tal apelante, se debe tener a esta parte por desistida de su recurso al no formalizarlo en plazo al efecto concedido.

B.- Tras la reforma por la Ley 37/2011: Interposición y falta de personación ante el órgano ad quem. Un inexistente problema.-

El artículo 463.1. LEC establece que una vez interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición y/o de impugnación por el apelante «reconvencional», el Letrado de la Administración de Justicia remitirá los autos al Tribunal competente con emplazamiento de las partes por término de diez días; de manera que si el apelante —y reiteramos que apelante lo es tanto el apelante inicial, como el apelante «reconvencional» que impugnó la sentencia en el trámite del art. 461.1 LEC- *«no comparece dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida»*. Obsérvese que el legislador no distingue, como nosotros propugnamos, entre la apelación del apelante inicial y la apelación «reconvencional».

No hay cuestión. Porque como señalábamos con anterioridad al tratar la tramitación del recurso de apelación, existen dos momentos perfectamente diferenciados: uno que se sigue ante el órgano *o quo*, que dictó la sentencia que se recurre, y en el que diferenciábamos dos fases: una primera de interposición del recurso, y una segunda de oposición al recurso inicial y/o de impugnación formulando apelación «reconvencional»; y un segundo momento seguido ante el órgano *ad quem*, que denominamos de sustanciación.

Hasta la reforma por la Ley 37/2011, por la que se vacía de contenido el art. 457 LEC, había dos momentos en que se podía declarar desierto el recurso, el primero desaparecido y el segundo subsistente:

1º.- Por la falta de interposición una vez emplazado tras la preparación del recurso: Así, preparado el recurso de apelación mediante un escrito limitado a citar la resolución apelada y manifestar la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnaban (art. 457.2), el tribunal tenía por preparado el recurso y emplazaba a la parte recurrente por plazo de veinte días para que lo interpusiera conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y siguientes. De manera que si emplazado, el apelante no presentaba el escrito de interposición dentro de plazo, *«se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida»*.

2º.- Por la falta de personación, una vez emplazado con remisión de los autos, ante el órgano *ad quem*: Interpuesto el recurso por quien inicialmente lo había preparado (art. 458 LEC), formulada oposición por los apelados y en su caso apelación «reconvencional» (art. 461.1 LEC), y formulada oposición a la apelación «reconvencional» por el inicialmente apelante (art. 461.4 LEC), el tribunal *a quo* ordena la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, y emplaza a las partes por término de treinta días (art. 463.1 LEC). *«Si el apelante no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida»* (art. 463.2 LEC).

Desaparecido el primero de los momentos, el segundo no plantea problema: tan apelante es el inicial como el «reconvencional», y a los dos se les impone la carga de comparecer ante el tribunal competente para resolver la apelación (art. 463.1 LEC), de manera que la declaración de desierto de su recurso afecta a aquél apelante que no satisface la carga de comparecer. Como quiera que la apelación «reconvencional» o adhesiva, no está supeditada a la apelación antes llamada principal o inicial, si es el

apelante inicial quien no se persona ante el tribunal *ad quem* es su recurso, la apelación inicial, el que se declara desierto continuándose la tramitación de la apelación «reconvencional»; si es el apelante «reconvencional» quien no se persona, es su recurso, la apelación «reconvencional», el que se declara desierto, continuándose la tramitación de la apelación inicial.

Por ello disentimos absolutamente de autores como RODRÍGUEZ CAMACHO, que partiendo de la confusión entre dos momentos perfectamente diferenciados y con cita de jurisprudencia que analiza supuestos de hecho anteriores a la reforma por la Ley 37/2011, ven identidad entre el problema que se suscitaba antes de la reforma con la parte que preparó pero no interpuso su recurso declarándose desierto conforme al anterior redacción del art. 458.2, pero que acudía a la posibilidad de impugnar la sentencia en apelación «reconvencional» ex art. 461.1 LEC, y el (inexistente) problema con la parte que interpuso recurso pero no se personó ante el tribunal *ad quem*¹³⁴, también con la consecuencia de declararse desierto pero ya terminada la tramitación ante el órgano *a quo* con la remisión de los autos conforme al art. 463.1.I LEC.

¹³⁴ RODRÍGUEZ CAMACHO, N.: *La adhesión al recurso de apelación civil*. Bosch editor, 2013, págs.. 51 y ss. La autora trata los mismos problemas que plantea la apelación «reconvencional» y que con anterioridad traté en mi anterior trabajo: VIDAL HERRERO, Á., *La apelación «reconvencional»*, en http://epirmts.ucm.es/13401/TFMO-La_apelaci%C3%B3n_reconvencional.pdf (fecha última de la consulta: 8 de octubre de 2012), pero partiendo de graves errores: 1º.- Enlazar el art. 461.1 al art. 463.1.II, pues se refieren a fases distintas del procedimiento, el primero a la que se tramita ante el órgano *a quo*, y el segundo a la que se tramita ante el órgano *ad quem*; 2º.- El momento para formular apelación «reconvencional» previsto en el art. 461.1 LEC es anterior a la remisión de los autos al tribunal competente para resolver el recurso de apelación con emplazamiento de las partes, luego no es posible en ningún caso, el supuesto que sugiere cuando en la pág. 63, con cita del art. 463.1.II LEC afirma: “*no se encuentra justificación alguna en permitir a la parte, una vez que su recurso ya ha sido declarado desierto por no comparecer en el plazo previsto legalmente, la posibilidad posterior de volver a articularlo por la vía de la impugnación o adhesión a la apelación*”, porque esa “*posibilidad posterior*” es inexistente. 3º.- Porque absolutamente todas las sentencias que cita, tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales se refieren a supuestos de hecho en los que los recursos de apelación, tanto iniciales como «reconvencionales» fueron interpuestos antes de la modificación llevada a cabo por la Ley 37/2011, y confunde la declaración de desierto que se preveía en el art. 458.2 LEC cuando existía el trámite de preparación del recurso regulado en el art. 457 vaciado de contenido, con la declaración de desierto una vez iniciada la tramitación ante el órgano *ad quem* por falta de personación ante el emplazamiento previsto en el art. 463.1.II.

I.2.- EL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE PARTES: LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA POR EL APELANTE INICIAL EN EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN «RECONVENCIONAL»: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª), NÚMS. 865 Y 869/2009, DE 13 Y 18 DE ENERO DE 2.010:

El escrito de interposición del recurso (art. 458 LEC), tiene por objeto la delimitación del objeto y la fundamentación, aunque no es el único acto en el que se delimita el objeto del recurso de apelación, que se va concretando sucesivamente en dos momentos procesales, como señala CHOZAS ALONSO: (la preparación hasta que se vació de contenido el art. 457 LEC por la Ley 37/2011), la interposición y la apelación «reconvencional»¹³⁵.

La preparación era el acto de iniciación del proceso de impugnación en que el recurso de apelación consiste, y cuyo contenido en esencia es la declaración de voluntad por la que el recurrente mostraba su decisión de recurrir¹³⁶. Su justificación la encontrábamos en la Exposición de Motivos: *«No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación»*. Bien es cierto el trámite introducido por el legislador, con ciertas similitudes a la regulación del recurso de casación que había en la LEC de 1881, fue ampliamente criticado¹³⁷.

La parte que se considere perjudicada por uno o varios de los pronunciamientos, tenía dos opciones: preparar el recurso, o asumir el riesgo de que ninguna de las demás

¹³⁵ Así el autor (en «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010», *op. cit.*), con anterioridad a la reforma por la Ley 37/2011 vaciando de contenido el artículo 457 LEC, hacía mención a tres momentos procesales: escrito de preparación del recurso (art. 457 LEC vaciado de contenido) en el que se han de expresar los pronunciamientos de la resolución de primera instancia contra los que se anuncia el recurso; escrito de interposición del recurso (art. 458 LEC), en el que se formaliza y fundamenta el recurso contra los mismos o menos pronunciamientos de los expresados en el recurso, pero no más ni distintos de los expresados en el escrito de preparación; y el escrito de impugnación de la sentencia o apelación «reconvencional» (el autor la denomina «sobrevenida»).

¹³⁶ Autos de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 18/2002, de 19 de febrero, y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 2002.

¹³⁷ Véase en este sentido el dictamen al Anteproyecto de LEC del Consejo de Estado, de fecha 17 de septiembre de 1998; y el Informe al Anteproyecto de LEC, del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1.998

partes lo prepare. Si lo preparaba, debía expresar los pronunciamientos contra los que dirigiría su impugnación, fundamentándolo en la interposición. Si no lo preparaba en tiempo y forma se denegará el recurso (art. 457.3 LEC vaciado de contenido); si lo preparaba, se le emplazaba para que lo interpusiera (art. 458 LEC) y habría de ceñirse en su interposición a combatir los pronunciamientos con respecto de los que preparó el recurso -cuyo objeto no podrá ampliar aunque si reducir-, pues así lo exigía el principio de preclusión. Si se asume el riesgo, habrá de esperarse al trámite de oposición y/o impugnación del art. 461.1 LEC.

La configuración básica del proceso en primera instancia, es aquella en la que una parte se dirige contra otra, en la que un sujeto ejercita una pretensión frente a otra. Así es, incluso en los casos de pluralidad de sujetos en una misma posición procesal. Como hemos visto, un supuesto típico es aquél en que el demandante ejercita una pretensión contra un demandado, y si se quiere también contra otro u otros, de manera que se establecerán tantas relaciones bilaterales como demandantes haya que se dirijan frente a demandados. Las relaciones bilaterales podrán ser sencillas o complejas, dependiendo de si el demandante ejercita una sola acción contra un demandado, o por el contrario ejercita varias acciones contra un demandado, lo que conllevará que la resolución de primera instancia, contenga un pronunciamiento o varios, estimatorios o desestimatorios frente a determinado sujeto.

Como hemos señalado, existe pluralidad de partes cuando en el proceso intervienen distintas partes en la misma situación procesal (en el primer caso que comentamos en la parte pasiva, en el segundo en la parte activa), de manera que se establecen dos relaciones bilaterales: A con respecto de B, y A con respecto de C.

Además, entre dos posiciones procesales se establecen tantas relaciones como pretensiones se ejerciten, bien por acumulación de acciones, o bien porque consideremos a los efectos del recurso de apelación que en la sentencia de primera instancia se “divida” la pretensión (lo que ocurre en el primer caso examinado, cuando se reclama una cantidad,

y se condena por un importe inferior al reclamado)¹³⁸. Esto es: si se reclama 100, y se condena a 50, consideraremos que la pretensión condenatoria era de 50+50, y ello con el fin de delimitar el gravamen: con un mismo pronunciamiento (el de estimación parcial de la demanda) condenando a pagar una cantidad inferior a la reclamada, las dos partes pueden sentirse perjudicadas: A en cuanto a la desestimación parcial, y B en cuanto a la estimación parcial.

Pues bien, con apenas cuatro días de diferencia, en enero de 2.010 el Tribunal Supremo, y bajo la redacción anterior a la reforma por la Ley 37/2011, se pronunció dos veces sobre la misma cuestión, aparentemente en sentido contrario. Lo hace en las dos sentencias que estudiamos a continuación, y que aunque dictadas bajo la anterior redacción de la LEC que preveía el trámite ya desaparecido de la preparación, consideramos interesante tratar porque lo cierto es que esta circunstancia de haber sido dictadas bajo la anterior redacción del desaparecido art. 457, es ignorada por muchas Audiencias Provinciales en las sentencias dictadas con la actual redacción, desembocando en resoluciones realmente injustas en las que se aplica una doctrina elaborada con respecto a una determinada redacción de la norma a supuestos a los que no les es aplicable esa determinada redacción sino otra distinta, incluso contradictoria.

Decimos que el Tribunal Supremo se pronuncia aparentemente en sentido contrario porque lo cierto es que los supuestos de hecho enjuiciados en ambos casos difieren sustancialmente como veremos¹³⁹. Se da la paradoja de que en la primera sentencia (la dictada el día 13 de enero de 2.010, comentada por GONZÁLEZ GARCÍA), dos de los Magistrados del Tribunal Supremo formularon votos particulares manifestando su disconformidad con el criterio de la Sala (los Excmos. Sres. D. José Antonio Seijas Quintana y D. Antonio Salas Carceller), siendo el primero de ellos el ponente de la

¹³⁸ En este sentido se expresa el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias que comentamos, con un argumento que compartimos plenamente: *“De no aceptarse esta interpretación, en los casos de pluralidad de partes podría verse frustrada la finalidad del trámite de impugnación, consistente en favorecer el aquietamiento a la sentencia no totalmente favorable, pues se obligaría a quien deseara limitar su recurso a una de las partes a recurrir contra todas las demás”*.

¹³⁹ Y no sólo porque en el primero de los casos hay pluralidad en la parte pasiva, y en el segundo de los casos hay pluralidad en la parte activa.

segunda de las Sentencias estudiadas (la dictada el día 18 de enero de 2.010, comentada por CHOZAS ALONSO)¹⁴⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 865/2009, de 13 de enero de 2.010:

Sobre la base de lo recién expuesto, y en el caso enjuiciado el 13 de enero de 2.010, A demanda a B en reclamación de cantidad, así como a C como asegurador de B. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda condenando a B a pagar una parte de lo reclamado y absolviendo a C. Por B se prepara recurso de apelación, al considerar que la condena a pagar una parte es improcedente, y al tiempo A prepara recurso de apelación por considerar improcedente la absolución total de C. En el trámite de oposición al recurso de B (que recurre por la condena a pagar una parte), A impugna la sentencia por considerar que la estimación de la demanda debió de ser total frente a B, esto es, por desestimar la reclamación parcial frente a B (recurre por la absolución a B de pagar una parte).

La Audiencia Provincial que conoce de los recursos como órgano *ad quem*, no entra a conocer de la apelación «reconvencional» de A frente a B (la absolución de B a pagar Y), por considerarlo extemporáneo y argumentando que lo que en realidad pretende A es subsanar su escrito de interposición.

Esto es, partiendo del contenido del fallo de primera instancia, y para la mejor exposición y resolución de la cuestión, consideraremos las siguientes relaciones bilaterales:

¹⁴⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*; y CHOZAS ALONSO, J.M.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*.

1ª.- A reclama X a B, se desestima la reclamación.

A reclama Y a B, se estima la reclamación, y B prepara recurso de apelación

2ª.- A reclama X a C, se desestima la reclamación, y A prepara recurso de apelación

A reclama Y a C, se desestima la reclamación, y A prepara recurso de apelación

Las analizamos separadamente:

1ª.- Las relaciones entre A y B: Es claro que B está legitimado para preparar y después interponer recurso de apelación contra A, solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se condena a B a que pague a A la cantidad Y. También es claro, que A sufre perjuicio como consecuencia del pronunciamiento que desestima parcialmente su reclamación de X contra B.

También parece claro que en esta relación bilateral entre A y B, es B quien tiene la condición de apelante inicial, y que como consecuencia de la preparación y posterior interposición por B del recurso de apelación, A ha adquirido la condición de apelado con respecto de B (y ello por más que A tenga la condición de apelante inicial con respecto de C). Del recurso de apelación interpuesto por B se da traslado a A, quien en el trámite del art. 461.1 LEC, formula oposición y además impugna la sentencia en lo que le resulta desfavorable (formula apelación «reconvencional»), esto es, solicitando la revocación del pronunciamiento que con respecto a B le resulta desfavorable: la desestimación de la reclamación de la cantidad X.

Del escrito de apelación «reconvencional» de A se dará traslado a B, conforme al art. 461.4 LEC para que a su vez se oponga (*«manifieste lo que tenga por conveniente»*).

Se ha respetado, en nuestra opinión, tanto el principio de igualdad como el principio de preclusión entre las dos partes afectadas por el pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia por el que se desestima/estima parcialmente la reclamación de cantidad de A frente a B.

2ª.- Las relaciones entre A y C: Es claro que A está legitimado para preparar y después interponer recurso de apelación contra C, solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se absuelve a C de que pague a A las cantidades X+Y.

También parece claro que en esta relación bilateral entre A y C, es A quien tiene la condición de apelante inicial, y que como consecuencia de (la preparación y posterior) interposición del recurso de apelación, A ha adquirido la condición de apelante inicial con respecto de C. Del recurso de apelación interpuesto por A se da traslado a C, quien en el trámite del art. 461.1 LEC, formula oposición al recurso de apelación.

Igual que en la relación anterior, se ha respetado tanto el principio de igualdad como el principio de preclusión entre las dos partes afectadas por el pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia por el que se desestima la reclamación de cantidad de A frente a C.

En nuestra opinión, el error de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa radica en no considerar que entre cada uno de los sujetos que ocupan la situación procesal de demandante, y cada uno de los sujetos que ocupan la situación procesal de demandado, se entabla una concreta relación (*relación subjetiva*), con el efecto en el recurso de apelación de constituir en apelante inicial a todo aquél que interpuso recurso contra un determinado sujeto procesal y con respecto a un concreto pronunciamiento impugnado en el escrito de interposición del recurso (*relación objetiva*). De manera que puede haber varios apelantes iniciales que en la instancia ocuparon posiciones procesales contrapuestas, y que conllevará la existencia de tantos apelados como apelantes iniciales haya. Entenderlo de otra manera, como hace la Audiencia Provincial, avoca a considerar apelante inicial al grupo de sujetos que ocupan una determinada posición procesal en la instancia, con independencia de que individualmente hayan o no interpuesto el recurso.

Así lo considera con acierto el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos de 13 de enero de 2.010. Primero centra la cuestión: “*la cuestión planteada en este*

recurso consiste en determinar si la preclusión del trámite de impugnación afecta a las partes del pleito de primera instancia que hayan interpuesto recurso de apelación independientemente de la parte contra la que lo hayan dirigido o, por el contrario, no impide que quien ha recurrido en apelación contra una parte pueda hacer uso de la facultad de impugnar la sentencia frente a otra de las partes a la que no afectaba el primer recurso, si ésta interpone recurso de apelación”. Y a continuación la resuelve: *“Esta Sala considera que la cuestión planteada debe ser resuelta en el sentido de que la interposición de un recurso de apelación contra una parte no impide impugnar la sentencia, en los aspectos relativos a otra de las partes a la que no afectaba el primer recurso interpuesto, si ésta, a su vez, interpone recurso de apelación”*, criterio con el que coincidimos plenamente, pues el recurso de apelación interpuesto por A solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se absuelve a C de la demanda, en nada afecta a B, que a su vez es apelante inicial con respecto de A¹⁴¹. En el caso examinado A adquirió la triple condición de apelante inicial con respecto de C, de apelado con respecto de B y apelante «reconvencional» también con respecto de B; éste, adquirió la condición de apelante inicial con respecto de A, y de apelado «reconvencional» también con respecto de A; y C adquirió la condición de apelado con respecto de A.

A la misma conclusión de acierto del Tribunal Supremo, llega GONZÁLEZ GARCÍA cuando tras afirmar que “la decisión del Alto tribunal no merece, a nuestro entender, otra cosa que una valoración favorable”, y que “pocas dudas de acierto hay en la decisión del Tribunal Supremo, por ser su criterio más conforme con el sentido de la norma procesal”, argumenta: “(...) toda pluralidad de partes supone una pluralidad de objetos y, como consecuencia, exige una pluralidad de pronunciamientos en la sentencia: tantos cuantas partes demandadas haya en el proceso. Y este esquema, sencillo de entender, se puede igualmente trasladar a la segunda instancia. No compartimos, por esa razón, el argumento defendido por dos magistrados de la Sala en su voto particular en el sentido de que en una misma segunda instancia no sea posible separar las diferentes apelaciones planteadas. A nuestro juicio, el caso analizado es un ejemplo de lo contrario,

¹⁴¹ Así lo considera también el Tribunal Supremo, cuando afirma en la sentencia comentada: “...la recurrente estaba situada en la posición de parte apelante sólo respecto a esta última (se refiere a C), no respecto de la entidad depositaria –demandada apelante– (se refiere a B) a la que se referían las peticiones planteadas en la impugnación, que no resultaba afectada por el recurso de apelación inicialmente interpuesto”

y de que en nuestro sistema procesal civil tienen cabida segundas instancias con pluralidad de objetos, autónomos entre sí. (...) En definitiva, no hay óbice legal, a nuestro entender, para otorgar autonomía a los diferentes recursos de apelación propuestos contra una misma sentencia, cuando cada uno de ellos afecta a diferentes pronunciamientos y no hay conexión entre las pretensiones, incluso cuando se plantea entre diferentes sujetos; ello dicho con independencia de que, en efecto, todos los recursos hayan de ser tramitados conjuntamente, y de resolverse en la misma sentencia por la Audiencia Provincial”¹⁴²

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 869/2009, de 18 de enero de 2.010:

Como señalábamos al comienzo de este apartado, el supuesto de hecho de la sentencia de 18 de enero de 2.010, difiere sustancialmente del de la sentencia de 13 de enero de 2.010. Así, en el que ahora estudiamos, el de la segunda sentencia, si bien inicialmente eran cuatro los sujetos intervinientes, posteriormente se desistió con respecto de uno de ellos, quedando reducidos a tres (como en el caso anterior). Ahora bien las conductas llevadas a cabo por las tres partes en la segunda instancia son distintas a las llevadas a cabo en la primera de las sentencias. Por ello afirmamos que los supuestos son distintos: las relaciones bilaterales existentes entre las partes son distintas, tanto en lo que se refiere a los sujetos (*relación subjetiva*) como a las pretensiones ejercitadas (*relación objetiva*).

En el caso enjuiciado el 18 de enero de 2.010, aun cuando A y B actuaban como demandantes bajo la misma representación procesal, los consideramos separadamente pues cada uno deduce sus pretensiones frente a la demandada, y por tanto la resolución de primera instancia debe contener necesariamente varios pronunciamientos que afectarán tanto a A como a B. Así, A demanda a C en reclamación de cantidades (X+Y); y B demanda también a C en reclamación de cantidades (W+Z). La sentencia de primera instancia contiene los siguientes pronunciamientos: Desestima la demanda de A contra C, a la que absuelve de pagar X+Y; y estima parcialmente la demanda de B frente a C a

¹⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*.

la que condena a pagar sólo W. Es importante señalar para la mejor comprensión que la acción que ejercitan los demandantes A y B, es una acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de un accidente de circulación. En última instancia una reclamación de cantidad para cuya determinación se utilizan distintos conceptos: baremo indemnizatorio y cálculo de intereses.

Por A se (prepara y después) interpone recurso de apelación frente a C solicitando se le condene a pagar X+Y; B (prepara y después) interpone recurso de apelación frente a C solicitando se le condene a pagar Z; y C (prepara y después) interpone recurso de apelación frente a B solicitando se revoque el pronunciamiento por el que se le condena a abonar a B la cantidad W. En el trámite de oposición al recurso de C -que recurrió frente a B-, B impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a C y solicita se dicte sentencia por la que se acuerde “una correcta aplicación del baremo a uno de los tramos indemnizatorios”, esto es, en última instancia, solicitando se amplíe la cantidad W, lo que ya solicitó en su recurso de apelación inicial.

La Audiencia Provincial de Málaga que conoce de los recursos como órgano *ad quem*, dictó sentencia con los siguientes pronunciamientos: Desestimó el recurso de apelación de A frente a C; desestimó el recurso de apelación de B frente a C; estimó parcialmente el recurso de apelación inicial de C; y no entró a conocer la apelación «reconvencional» de B por considerarla extemporánea.

Esto es, partiendo del contenido del fallo de primera instancia, y para la mejor exposición y resolución de la cuestión, consideraremos las siguientes relaciones bilaterales:

1ª.- A reclama X+Y a C, se desestima la reclamación. A (prepara) interpone recurso de apelación

2ª.- B reclama Z a C, se desestima la reclamación, y B (prepara) interpone recurso de apelación

B reclama W a C, se estima la reclamación, y C (prepara) interpone recurso de apelación.

Las analizamos separadamente:

1ª.- Las relaciones entre A y C¹⁴³: Es claro que A está legitimada para (preparar e) interponer recurso de apelación frente a C, toda vez que sus pedimentos han sido totalmente desestimados. C por su parte, no sufre perjuicio ni gravamen como consecuencia de la desestimación de la demanda de A, por lo que no está legitimada ni para (preparar e) interponer recurso de apelación, ni para formular apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC. Al interponer A su recurso de apelación, adquiere la condición de apelante inicial con respecto de C, y éste de apelado con respecto de A.

2ª.- Las relaciones entre B y C: Es en el seno de estas relaciones donde se plantean las cuestiones discutidas. Veamos: es claro que B está legitimado para (preparar e) interponer recurso de apelación frente a C por la desestimación parcial de su demanda, esto es, por la absolución de C al pago de la cantidad Z, y así lo hizo convirtiéndose en apelante inicial con respecto de C, quien adquiere la condición de apelado. Además, y toda vez que C fue condenada a pagar a B la cantidad W, C estaba legitimada para (preparar e) interponer recurso de apelación contra su condena frente a B, lo que llevó a cabo convirtiéndose al tiempo en apelante inicial con respecto de B, y éste en apelado de

¹⁴³ El hecho de que A y B actuaran bajo una misma representación procesal, y como hemos señalado, por un lado no impide la separación de las relaciones bilaterales, toda vez que A demanda a C, del mismo modo que B demanda a C, estableciéndose por tanto una relación bilateral entre A y C, diferenciada de la de B y C. Por otro lado, no debe llevar a confusiones: en el escrito de interposición de los recursos, los pedimentos revocatorios se presumen diferenciados, según se desprende los Antecedentes de Hecho de la Sentencia, aunque diseminados a lo largo de la Fundamentación Jurídica.

C -obsérvese que B y C, adquieren por sus actos procesales la doble condición recíproca de apelante inicial y apelado-. Hasta aquí, en principio todo correcto.

El problema surge a continuación: Cuando al apelante inicial B -con respecto de C- se le da traslado del recurso de apelación inicial de C, en el trámite del art. 461.1 LEC formula apelación «reconvencional» frente a C, en la que en puridad ejercita la misma pretensión que ejercitó en su recurso de apelación inicial, si bien introduciendo un argumento o fundamentación nueva frente al mismo sujeto C y con base en la misma pretensión: reclama la misma cantidad, pero solicitando se haga una aplicación distinta del baremo que no fundamentó en el escrito de interposición, y ello a pesar de que el destinatario de su recurso inicial B, es el mismo que a quien dirige la apelación «reconvencional».

El Tribunal Supremo centra así la cuestión: *“Pues bien, el problema que plantea el motivo consiste en determinar si quien prepara e interpone su propio recurso de apelación queda habilitado para ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo, extremo este que acota la particularidad del caso, dentro de las distintas soluciones procesales que pueden resultar de la impugnación, y que resolvió la sentencia recurrida negando tal posibilidad con el argumento, aceptado por esta Sala, de que “ha precluido este trámite procesal, ya que el citado artículo (se refiere al artículo 461) en su apartado segundo, permite la impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiese recurrido”.*

El error en la fijación de la cuestión, en nuestra opinión, estriba en que el apelante inicial B, en el trámite del art. 461.1 LEC, no amplía el objeto del recurso inicial, sino que introduce un argumento nuevo, una fundamentación nueva con respecto de las que contenía su escrito de interposición del recurso. Y además lo hace por un cauce inadecuado: el de la impugnación de la sentencia a medio de la apelación «reconvencional», y no el de la oposición al recurso de quien es su apelante inicial C.

La cuestión no es por tanto si quien adquiere la condición de apelante inicial con respecto de otro sujeto procesal -B con respecto de C-, que a su vez es apelante inicial con respecto del primero -C con respecto de B-, puede en el trámite del art. 461.1 LEC formular apelación «reconvencional». Con independencia de que no es eso lo ocurrido en el caso estudiado, en nuestra opinión, contraria a la del Tribunal Supremo, es perfectamente posible, pues la identidad que lo impediría debe ser doble: *subjctiva* y *objetiva*. Es decir: si además de dirigirse la apelación contra el mismo sujeto (relación o identidad subjetiva) se formula contra el mismo pronunciamiento (relación o identidad objetiva). Quien es apelante inicial frente a C y contra el pronunciamiento W, no podrá formular apelación «reconvencional» frente al mismo sujeto y contra el mismo pronunciamiento, pues ya tiene la condición de apelante inicial, y lo impide el art. 461.2 LEC, además del principio de preclusión (art. 136 LEC). Además, no se tratará de una ampliación del objeto, que no se amplía (es el mismo que en la apelación inicial), sino de un complemento o ampliación argumentativa del escrito de interposición del recurso de apelación inicial, trámite ya evacuado con anterioridad al traslado para formular oposición.

Cuando la identidad no es doble, es posible que quien tiene la condición de apelante inicial frente a un determinado sujeto B, en el trámite de impugnación de la sentencia formule apelación «reconvencional» contra un pronunciamiento que no había sido previamente impugnado, aunque se dirija la apelación «reconvencional» frente al mismo sujeto B. Veamos: para que ello ocurra es necesario que se hayan producido al menos tres pronunciamientos, y que B sufra gravamen cuando menos por dos de ellos. Es claro que para adquirir la condición de apelante inicial tiene que combatir un pronunciamiento que le cause perjuicio mediante la interposición frente a otro sujeto. Y que para adquirir la condición de apelante «reconvencional», debe recurrir otro pronunciamiento que le cause perjuicio con el que inicialmente se aquietó. Además, para poder apelar «reconvencionalmente» es necesario que adquiera la condición de apelado, y por tanto que se haya producido en la sentencia de primera instancia un pronunciamiento que le sea favorable y cause un perjuicio a su contraparte. En el caso de autos, la pretensión ejercitada por B es jurídicamente compleja: se le resarza del daño y perjuicio causado en el accidente de circulación, pretensión parcialmente estimada (la estimación parcial conlleva necesariamente dos pronunciamientos: la estimación de una

parte, y la desestimación –aunque implícita, de otra parte-). Habiendo recurrido la sentencia de primera instancia, difícilmente podrá adquirir la condición de apelante «reconvencional», pues en la parte que el pronunciamiento le causó perjuicio (desestimación parcial), ya adquirió la condición de apelante inicial.

Coincidimos por tanto con el Tribunal Supremo en el sentido del fallo, pero no en la determinación de la cuestión sometida a su consideración: no se trata de un caso de ampliación de objeto, sino de ampliación extemporánea de la fundamentación contenida en la interposición del recurso. Con este importante matiz, valga la argumentación del tribunal: *“El contenido de la impugnación, en la forma en que se pretende hacer valer en el motivo, resulta claramente extemporáneo por cuanto supone ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su recurso, limitado a la estimación parcial del derecho reclamado y a la absolución de uno de los codemandados, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por el apelado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que su derecho e interés convenía, haciéndolo contra la literalidad no solo del artículo 457, sino del 461.2 de la ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que de admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte”* (Fundamento Jurídico Tercero, parte final).

Ahora bien, y aunque no sea la cuestión que se sometió a su consideración, el Tribunal Supremo aborda la interpretación conjunta de los artículos 461.1 y 461.2 de la LEC, llegando a la conclusión de que siempre y en todo caso, quien haya adquirido la condición de apelante inicial mediante la interposición del recurso de apelación, ya no podrá en ningún caso formular apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC, con base en que otro apartado del mismo artículo, el apartado 2, se refiere a quien *«inicialmente no hubiere recurrido»*. Así afirma que la literalidad de los arts. 457 y 461.2 LEC *“autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos recurrido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la*

misma parte”. Dos comentarios contrarios nos sugieren las palabras del Tribunal Supremo:

a).- La literalidad del art. 461.2 LEC no autoriza nada a ninguna de las partes, pues el art. 461.2 LEC ni reconoce ni quita facultades a las partes, sino que se limita a establecer y determinar cuál debe ser la forma en que se deduzca el escrito de apelación «reconvencional»: la misma que la del escrito de interposición del recurso inicial y que establece el párrafo segundo del art. 458.1 LEC.

Es el art. 461.1 LEC el que además de regular un trámite necesario para tutelar el principio de audiencia y contradicción, reconoce la facultad de impugnar la sentencia al apelado, recogiendo la voluntad del legislador expresada en su Exposición de Motivos.

b).- El mismo fundamento que discute cuando afirma que admitir la apelación «reconvencional» conllevaría “*una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos recurrido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte*”, es precisamente el que sustenta la facultad que el art. 461.1 LEC reconoce al apelado. Es decir, el fundamento de la apelación «reconvencional», antigua apelación «adhesiva»: el apelado también se aquietó con los pronunciamientos que después en el trámite del art. 461.1 y mediante la apelación «reconvencional» impugnó.

En conclusión, y como señala CHOZAS ALONSO, la LEC permite la determinación y concreción del objeto del recurso de apelación momentos sucesivos: la interposición del recurso y la impugnación de la sentencia mediante la apelación «reconvencional»¹⁴⁴. Esta podrá formularse frente al sujeto procesal y contra el pronunciamiento por el que previamente el apelante «reconviniente» no hubiere interpuesto recurso de apelación, y con independencia de que hubiere adquirido previamente la condición de apelante inicial frente al mismo sujeto procesal con respecto

¹⁴⁴ CHOZAS ALONSO, J.M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*

de otro pronunciamiento distinto del que es objeto de la apelación «reconvencional». Esto es: cuando no haya *identidad subjetiva* (frente a un concreto sujeto procesal) y *objetiva* (contra un concreto pronunciamiento) con la apelación inicial.

La relevancia de esta desacertada sentencia del Tribunal Supremo es tal, que el criterio que en él se establece se está siguiendo y aplicando en la actualidad, pero además olvidando que la sentencia del Tribunal Supremo 869/2009, de 18 de enero de 2.010 se produce en aplicación de la legislación anterior a la supresión del art. 457 de la LEC con la reforma por la Ley 37/2011.

Pero es que además se está aplicando yendo más allá que lo que el propio Tribunal Supremo establece. Recordemos que en el caso analizado por el Tribunal Supremo el apelante inicial, en el trámite del art. 461.1 LEC, no amplía el objeto del recurso inicial, sino que introduce un argumento nuevo, una fundamentación nueva con respecto de las que contenía su escrito de interposición del recurso; y además lo hace por un cauce inadecuado: el de la impugnación de la sentencia a medio de la apelación «reconvencional», y no el de la oposición al recurso de quien es su apelante inicial. La cuestión no era por tanto si quien adquiere la condición de apelante inicial con respecto de otro sujeto procesal -B con respecto de C-, que a su vez es apelante inicial con respecto del primero -C con respecto de B-, puede en el trámite del art. 461.1 LEC formular apelación «reconvencional». Lo que determinaba el Tribunal Supremo era: *“El contenido de la impugnación, en la forma en que se pretende hacer valer en el motivo, resulta claramente extemporáneo por cuanto supone ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su recurso, limitado a la estimación parcial del derecho reclamado y a la absolución de uno de los codemandados, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por el apelado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que su derecho e interés convenía, haciéndolo contra la literalidad no solo del artículo 457, sino del 461.2 de la ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que de admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte”* (Fundamento Jurídico Tercero, parte final)

Al margen de la cuestión ya resuelta de que no concurre en el caso la doble identidad subjetiva y objetiva -si además de dirigirse la apelación contra el mismo sujeto (identidad subjetiva) se formula contra el mismo pronunciamiento (objetiva)-, y por tanto quien es apelante inicial frente a C y contra el pronunciamiento W, no podrá formular apelación «reconvencional» frente al mismo sujeto y contra el mismo pronunciamiento, pues ya tiene la condición de apelante inicial, y lo impide el art. 461.2 LEC, además del principio de preclusión (art. 136 LEC).

I.3.- LA POSIBILIDAD DE FORMULAR APELACIÓN «RECONVENCIONAL» FRENTE A QUIEN NO TIENE LA CONDICIÓN DE APELANTE INICIAL. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚM. 127/2014, DE 6 DE MARZO.-

Con anterioridad citábamos precisamente la sentencia del Tribunal Supremo núm. 127/2014, de 6 de marzo, que aplica la legislación anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011 eliminando el trámite de preparación, en la que el supuesto analizado es el siguiente:

La entidad A formula demanda frente a la entidad B, y subsidiariamente frente a sus administradores solidarios (de B) las personas físicas C, D y E, demanda en que solicitaba: la condena de B al pago de la cantidad X más intereses, y subsidiariamente la condena de C, D y E al pago de dicha cantidad X como responsables solidarios. Actuando bajo una misma representación y defensa Letrada, todos los codemandados (B, C, D y E) contestaron la demanda solicitando su desestimación.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, contiene los siguientes pronunciamientos: estima la demanda de A frente a B a la que condena a pagar X; estima la demanda de A frente a C, D y E a los que declara responsables solidarios de la deuda X; y condena a B, C, D y E a pagar los intereses de la cantidad X (llamaremos Y a la condena al pago de intereses). Es decir, se produce una estimación íntegra de la demanda

acogiendo todos los pedimentos, y que en consecuencia no causa perjuicio al demandante A, y causa perjuicio a todos los codemandados.

La codemandada y condenada B (prepara e) interpone recurso de apelación, frente a los siguientes pronunciamientos: la estimación de la demanda que la condena a pagar la cantidad X, y la estimación de la demanda que condena a pagar los intereses Y. Los demás codemandados C, D y E, prepararon recurso de apelación contra la sentencia (aún regía el desaparecido art. 457 LEC) pero no lo interpusieron. Una vez que se les da traslado del recurso de apelación inicial de su codemandado B, en el trámite del art. 461.1 LEC presentaron sendos escritos impugnando la sentencia y adhiriéndose al recurso de B.

La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que desestimaba el recurso de B; consideró que B carecía de legitimación para recurrir el pronunciamiento por el que se declaraba responsables solidarios a sus codemandados C, D y E; e inadmitió los recursos «reconvencionales» de C, D y E por considerar que *“la única parte que podía haber utilizado este trámite era la demandante (A), que es la única apelada”*. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal con referencia al art. 461.1 LEC, el recurso es desestimado.

Se plantean dos cuestiones:

A).- La primera cuestión es la misma que la estudiada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 114/2016¹⁴⁵, y que resolvimos en el sentido de que quien, conforme a la legislación anterior a la reforma, preparaba el recurso de apelación ex art. 457 LEC y no lo interponía, no podía después –en fraude de ley- salvar la preclusión del plazo para interponerlo acudiendo a la apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC. Primero porque C, D y E adquirieron la condición de apelantes iniciales con respecto de los pronunciamientos señalados en su escrito de interposición (necesariamente la estimación de la demanda de A frente a ellos), y de la lectura conjunta

¹⁴⁵ Vid. supra Parte I, Capítulo III.I.1

de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC, se desprende que la apelación «reconvencional» está reservada a quien no fue apelante inicial; y en segundo lugar porque al haber precluido el plazo para interponer el recurso inicialmente preparado, hubo de declararse desierto ex art. 458.2 LEC, declaración que no puede inhibirse con la apelación «reconvencional».

El supuesto de hecho, por tanto, no trataba de si puede formularse apelación «reconvencional» con respecto de quien no es apelante inicial (que también), sino de si el recurrente inicial cuyo recurso se declaró desierto por falta de interposición podía ampararse en el trámite del art. 461 LEC para deducir el recurso que inicialmente no interpuso a pesar de haberlo preparado. Así pues la solución es sencilla: la desestimación del recurso por infracción procesal con respecto al art. 461.1 LEC que no ha sido infringido.

B).- La segunda cuestión afecta a la inexistencia de gravamen “eventual” para el recurrente «reconvencional» consecuencia de un recurso inicial:

Al tratar los “presupuestos de la apelación «reconvencional»”¹⁴⁶, afirmábamos que ésta exige de la previa existencia de un recurso de apelación inicial, que con respecto a C, D y E, no existía, ni podía existir, pues A no estaba legitimada para recurrir una sentencia que estimando íntegramente su demanda ningún gravamen o perjuicio le supuso. Así efectivamente lo señala el Tribunal Supremo en la sentencia que estudiamos: *“Los hoy recurrentes no formularon propiamente una impugnación de la sentencia que cuestionara los pronunciamientos favorables al apelante inicial (que no los había), sino que pretendieron cuestionar los pronunciamientos favorables al demandante, que no había apelado (ni podía hacerlo pues la sentencia le había sido plenamente favorable)”*.

Así, en el Tercero de los Fundamentos de Derecho, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 865/2009, de 13 de enero, que antes hemos analizado, se afirma: *“El segundo requisito es que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las*

¹⁴⁶ Vid. *supra* Parte I, Capítulo III.D.

pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado. La sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2010, declara sobre este particular que «el artículo 461.4 LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado»».

Recuérdese que el art. 461.1 LEC establece que del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, quienes pueden oponerse al recurso, o formular apelación «reconvencional» con respecto de lo que les resulte desfavorable (requisito del gravamen), pero no acota la posible impugnación con respecto a las partes del proceso, sólo acota con respecto a los pronunciamientos: los que le resulten desfavorables.

Es perfectamente posible que quien inicialmente se aquietó con respecto de un pronunciamiento que le resultaba desfavorable, dándose el presupuesto de la existencia de un recurso inicial, formule apelación «reconvencional», sin que el legislador acote frente a quién debe dirigirlo, ya sea el recurrente inicial u otra de las partes del proceso.

Si, por ejemplo, A y B acreedores solidarios demandan a los deudores solidarios C y D y se estima parcialmente la demanda con respecto a C y D, y A interpone recurso de apelación frente a la desestimación parcial de la demanda con respecto a C, tanto B puede formular apelación «reconvencional» por la desestimación parcial de su demanda frente a C y D, que no tienen la condición de apelantes iniciales; como C y D pueden a su vez, además de oponerse al recurso de A, formular apelación «reconvencional» frente a A y B por la estimación parcial de la demanda, de los que sólo A tiene la condición de recurrente inicial. Tanto para B, como para C y D, concurre el presupuesto de la existencia de un recurso inicial, aunque B y D no sean los destinatarios del recurso de A. Como consecuencia de los recursos «reconvencionales» de B, C y D, tanto A, como B, C y D, adquieren la condición de recurridos reconvencionales, y a todos ellos se dará traslado de los escritos de apelación reconvencional para que, en el trámite del art. 461.4 LEC, los recurridos «reconvencionales» puedan oponerse en el plazo de los diez días, respetándose el derecho de contradicción de todas las partes.

De ahí que, en nuestra opinión, sea incorrecto el argumento de la sentencia que comentamos, con cita de la sentencia del TS núm. 865/2009, de 13 de enero: *“El segundo requisito es que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado”*, porque a diferencia de lo que se afirma (*“La sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2010 , declara sobre este particular que «el artículo 461.4 LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado»”*), sí está previsto el traslado a los recurridos «reconvencionales» de los escritos por los que se interpone apelación «reconvencional», respetándose su derecho de contradicción.

El problema no es por tanto que el recurso «reconvencional», existiendo un recurso inicial, deba dirigirse frente al apelante inicial, sino que el recurso debe ir dirigido frente al pronunciamiento de primera instancia que le causa un perjuicio “directo”, con independencia de a quién favorezca el pronunciamiento, ya sea a la parte activa de la primera instancia, o a la parte pasiva de la segunda instancia.

Siguiendo el anterior ejemplo: si A y B acreedores solidarios, y por tanto parte activa en la primera instancia, demandan a los deudores solidarios C y D, que están en la parte pasiva de la primera instancia, y se estima totalmente la demanda con respecto a C y D, y C interpone recurso inicial frente a la sentencia de primera instancia para que revoque el pronunciamiento en el que declara su responsabilidad solidaria, la “eventual” estimación de su recurso eximiéndole de responsabilidad afectará desfavorablemente tanto a A y B, parte activa en la primera instancia, como a D, que integra la parte pasiva de la primera instancia con C, puesto que D se verá obligado en exclusiva a satisfacer la totalidad de la cantidad a la que ha sido condenado sin posibilidad de resarcirse de C.

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 127/2014, de 6 de marzo que analizamos afirma en el Tercero de sus Fundamentos de Derecho: *“La impugnación de la sentencia a que hace referencia el art. 461.1 de la LEC es una oportunidad que se brinda a quien*

inicialmente presta conformidad con el gravamen que la sentencia le supone, para que el mismo no se vea agravado por el resultado eventual del recurso que interponga la contraparte. Presupone que estamos ante sentencias que no estiman plenamente las pretensiones de las partes. Se fomenta el aquietamiento de los litigantes ante sentencias que le sean parcialmente desfavorables, de modo que solo si la parte contraria recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló puede también formular su impugnación”. Argumento reproducido literalmente en posteriores resoluciones, como el Auto del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2.016 (ATS 8196/2016), Sentencia del Tribunal Supremo núm. 615/2016, de 10 de octubre de 2.016 (STS 4631/2016)¹⁴⁷.

Salvo que consideremos como “parte contraria” a quien lo es en la segunda instancia por razón de la interposición del recurso cuya eventual estimación puede resultarle desfavorable, no tenemos nada que objetar. Sin embargo, si consideramos como “parte contraria” a quien lo ha sido solo en la primera instancia, el argumento es de todo punto desacertado: en el ejemplo, D está legitimado para interponer recurso «reconvencional» ante la previa existencia de un recurso inicial de C, que no es su parte contraria en primera instancia, sino litisconsorte pasivo, y cuya estimación puede causarle un claro perjuicio.

¹⁴⁷ La importancia de la sentencia que comentamos la evidencia la multitud de resoluciones que la citan: SAPr. de Palma de Mallorca núm.381/2016, de 23 de noviembre; SAPr. Córdoba núm. 606/2016, de 16 de noviembre; AAPr. Valencia, núm. 1644/2016, de 9 de noviembre; AAPr. Córdoba núm. 466/2016, de 8 de noviembre; SAPr. Córdoba núm. 567/2016, de 3 de noviembre; SAPr. Barcelona núm. 387/2016, de 11 de octubre; SAPr. Sevilla núm. 229/2016, de 22 de septiembre; SAPr. Badajoz núm. 191/2016, 19 de septiembre; SAPr. Murcia núm. 502/2016, de 15 de septiembre; SAPr. Madrid núm. 382/2016, de 28 de junio; SAPr. La Coruña núm. 218/2016, de 16 de junio; SAPr. Alicante núm. 263/2016, de 10 de junio, y Auto núm. 94/2016, de 10 de junio; AAPr. Santa Cruz de Tenerife núm. 171/2016, de 9 de junio; SAPr. Lérida núm. 256/2016, de 2 de junio; SAPr. Las Palmas de Gran Canaria núm. 252/2016, de 1 de junio; SAPr. Huelva núm. 272/2016, de 30 de mayo; SAPr. Alicante núm. 265/2016, de 27 de mayo; AAPr. Valencia núm. 817/2016, de 18 de mayo; SAP. Barcelona núm. 132/2016, de 5 de mayo; SAPr. Huelva núm. 214/2016, de 4 de mayo; SAPr. Málaga núm. 194/2016, de 21 de abril; SAPr. Barcelona núm. 89/2016, de 19 de abril; SAPr. Palma de Mallorca núm. 115/2016, de 19 de abril, y núm. 105/2016, de 18 de abril; SAPr. Alicante núm. 93/2016, de 14 de abril; SAPr. Oviedo núm. 109/2016, de 11 de abril; SAPr. Barcelona núm. 141/2016, de 4 de abril; SAPr. La Coruña núm. 102/2016, de 11 de marzo; AAPr. Barcelona núm. 78/2016, de 3 de marzo; SAPr. Lérida núm. 112/2016, de 2 de marzo; SAPr. Barcelona núm. 85/2016, de 26 de febrero, y núm. 69/2016, de 17 de febrero; SAPr. Bilbao núm. 102/2016, de 17 de febrero; SAPr. La Coruña núm. 63/2016, de 17 de febrero; SAPr. Santander núm. 74/2016, de 10 de febrero; SAPr. Madrid núm. 39/2016, de 1 de febrero); y un larguísimo etcétera.

Podemos observar que “parte contraria” en primera instancia no es necesariamente equivalente a “parte contraria” en segunda instancia: siguiendo con el último ejemplo¹⁴⁸, en la primera instancia la parte activa integrada por A y B, es la parte contraria de la parte pasiva integrada por C y D. Sin embargo, como consecuencia del recurso inicial de C, éste pasa a la parte activa de la segunda instancia, siendo la parte contraria de A y B, y de D, que integran la parte pasiva de la segunda instancia (A y B pasaron de la parte activa en primera instancia, a la parte pasiva en segunda instancia). Es perfectamente posible que el recurso inicial de C afecte a A y B, pero también a D, de manera que D puede formular apelación reconvencional (ya existe una apelación inicial, la de C), aunque A y B no hayan recurrido inicialmente, quienes además no pueden hacerlo porque la sentencia de primera instancia les fue totalmente favorable.

Debemos concluir, que existiendo un previo recurso inicial, está legitimado para interponer recurso de apelación «reconvencional» aquélla parte a quien la resolución impugnada le causa un perjuicio “directo”, aunque el recurrente inicial no haya sido su parte contraria en la primera instancia. Máxime, si la estimación del recurso inicial (de su litisconsorte en primera instancia), le puede causar un perjuicio “eventual”.

¹⁴⁸ Si A y B acreedores solidarios, y por tanto parte activa en la primera instancia, demandan a los deudores solidarios C y D, que están en la parte pasiva de la primera instancia, y se estima totalmente la demanda con respecto a C y D, y C interpone recurso inicial frente a la sentencia de primera instancia para que revoque el pronunciamiento en el que declara su responsabilidad solidaria, la “eventual” estimación de su recurso eximiéndole de responsabilidad afectará desfavorablemente tanto a A y B, parte activa en la primera instancia, como a D, que integra la parte pasiva de la primera instancia con C, puesto que D se verá obligado en exclusiva a satisfacer la totalidad de la cantidad a la que ha sido condenado sin posibilidad de resarcirse de C

PARTE II

RECURSO DE APELACIÓN Y ADHESIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL

CAPÍTULO I

EL RECURSO DE APELACIÓN

A.- ANTECEDENTES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882 y durante largos períodos de nuestra historia, la existencia de la apelación penal ha constituido la regla general, si bien durante la etapa más larga limitada a las causas menos graves y con una configuración cambiante entre la apelación plena y la limitada, uniéndose en sus orígenes a la configuración de la apelación civil, y separándose paulatinamente hasta nuestros días. Un recorrido que consideramos necesario hacer para entender adecuadamente las razones y porqués de la actual regulación, y cuál ha sido el punto de partida hasta llegar a la situación actual.

I.- EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano la *appellatio* surgió tardíamente. El proceso romano de la época clásica desconocía la apelación y cualquier otro tipo de recurso ante un tribunal superior¹⁴⁹. No obstante hay autores que relacionan la apelación en el proceso penal con la institución de la *provocatio ad populum*, que llevaba el juicio ante los comicios (asamblea popular), pero cuyo real objeto era, mediante la actuación del poder soberano, conseguir el perdón de la pena capital o de la multa superior a determinada cantidad (un

¹⁴⁹ Seguimos en este estudio de los antecedentes históricos del recurso de apelación en la jurisdicción penal, el magnífico estudio realizado por VARELA GÓMEZ, B. J.: «La segunda instancia en el proceso penal: antecedentes históricos». En *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 7, N.1 (1998), págs. 229-269

“indulto” total o parcial), más que propiciar un nuevo examen de la cuestión¹⁵⁰. Así mediante la *provocatio* no se anulaba la sentencia penal dictada, sino que se suspendía su ejecución, y si la ciudadanía no estaba conforme quedaba abolida la sentencia¹⁵¹.

En la época clásica el proceso era de carácter contractual o arbitral, en el que prevaleciendo por encima de todo los intereses de los particulares, los litigantes se obligaban a cumplir la sentencia en virtud del acuerdo de *litis contestatio*, eje alrededor del que giraba todo el proceso. Se trataba de un medio de resolver controversias a través de un *iudex privatum*, de manera que la sentencia que ponía fin al proceso no podía someterse al control o revisión de un órgano superior, lo cual no sólo era inconcebible pues si las partes la han aceptado de antemano no es lógico que después pudiera ser impugnada, sino que, además, no existía ese órgano superior por la propia lógica interna de este sistema procesal llamado del *ordo iudiciorum privatorum*¹⁵². De este modo las sentencias o eran válidas, o eran nulas y por tanto inexistentes como tales¹⁵³.

Ello no quiere decir que en esta etapa clásica no existieran una serie de remedios¹⁵⁴ a fin de evitar la ejecución de las sentencias con vicios de nulidad, contrarias a Derecho o a la equidad. Se trataba de acciones creadas por el procedimiento edictal que funcionaban a modo de medios impugnativos o recursos que podían ser utilizados por las partes, y que producían unos efectos semejantes a los que más tarde se conseguirían con los recursos. Así tenían la *actio qui iudex litem suam fecit* que se dirigía frente al propio

¹⁵⁰ Puede consultarse al respecto RODRIGUEZ-ENNES, L.: «La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana», en “*Studi in onore di Arnaldo Biscardi*”, T IV, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1983, págs.. 101 y ss. Se trataba de un derecho de carácter político frente a los excesos de poder coercitivo del magistrado en el proceso penal ordinario, en el que se aprecia cierta analogía desde el punto de vista funcional entre esta institución y la apelación.

¹⁵¹ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, Analecta, Pamplona, 1999, págs.. 453, que lo calificaba de acto de soberanía o “instancia de gracia”.

¹⁵² Vid. *infra* nota 157

¹⁵³ Según ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J.: *Instituciones de Derecho procesal...*, *op. cit.*, T II, pág. 13.

¹⁵⁴ Vid. *supra* nota 9 donde tratamos la distinción entre «remedios» y «recursos»

juez a modo de exigencia de responsabilidad objetiva¹⁵⁵; la *actio iudicati*, utilizada también de forma indirecta como un recurso, por la que el vencido (*iudicatus*) que se negaba a cumplir la sentencia (*infinitio in duplum*), tenía la posibilidad de oponerse a la pretensión del actor ejercitada por la *actio iudicati*, dando lugar a un nuevo *iudicium*, de manera que si el nuevo fallo daba la razón al actor y se ratificaba la sentencia, el *iudicatus* que se había opuesto a la ejecución debía ser condenado inexorablemente al doble de la cuantía litigiosa (*revocatio in duplum*) como sanción al reo que sin causa obstaculizaba el cumplimiento de la sentencia; y por último, la *restitutio in integrum* que permitía a ambos litigantes obtener la anulación de cualquier acto jurídico válido, acción mediante la que en casos excepcionales podía lograrse la nulidad de la sentencia, pero sólo por causas extrínsecas a la propia regularidad formal del procedimiento para su obtención, y cuya gravedad con base en el engaño, amenazas o la intimidación al *iudex*, las partes o los testigos, aconsejaba la declaración de nulidad de la sentencia.

Estos fueron los remedios procesales que sin ser propiamente recursos pudieron ser empleados en el procedimiento formulario para revocar una sentencia o para reparar los daños que hubiere causado un fallo injusto. Así la mayoría de la doctrina afirma que no debió existir entonces la apelación como medio de anular o revocar la sentencia, pues descansa necesariamente en una organización política y en una administración estatal de justicia totalmente incompatible con la de la época romana clásica¹⁵⁶.

En la época postclásica, que abarcaba desde el emperador Augusto hasta Justiniano, el *ordo iudiciorum privatorum*¹⁵⁷ fue sustituido poco a poco por el

¹⁵⁵ ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R.: «La apelación civil plena y la apelación limitada en los Derechos Histórico y Comparado y en el vigente ordenamiento procesal español», en *La Ley*, 1984-4, pág. 1167

¹⁵⁶ Así lo afirma VARELA GÓMEZ, B.J.: *La segunda instancia en el proceso ...*, op. cit., pág. 234

¹⁵⁷ Téngase en cuenta que en los orígenes del Derecho Romano la protección del individuo se producía por el ejercicio de la *potestas del paterfamilias*, como jefe supremo de la familia, cuando el conflicto se producía entre personas integrantes de la misma familia; cuando el conflicto surgía entre individuos de diferentes grupos familiares, se acudía a la autotutela o justicia privada, lo que acarreaba funestas consecuencias, de ahí que creciera el interés por parte de la organización de la *civitas* de controlar las actuaciones entre grupos familiares y gentilicios, propiciando la aparición de un instrumento procesal: la *actio*, esto es, el instrumento jurídico-procesal ejercitado por la persona que quería hacer valer su derecho ante un tribunal legalmente instituido. Así, en función del tipo de acción que se ejercitase, se desarrollaron dos procedimientos: los declarativos y los ejecutivos. Como es natural, al principio el número de acciones era escaso, aumentando progresivamente y desarrollándose lo que conocemos como *ordo iudiciorum privatorum*: en primer lugar

procedimiento de la *cognitio extra ordinem*¹⁵⁸ que acabó convirtiéndose en el proceso ordinario, y que junto al proceso de las *quaestiones*, al que finalmente sustituye, se trataba de un procedimiento actuado por el Emperador asistido por el *consilium* de magistrados y funcionarios imperiales¹⁵⁹. En este sistema, como nos dice VARELA GÓMEZ¹⁶⁰, el proceso pierde su carácter privado y se hace público: desaparece la antigua división en dos fases (*in iure* y *apud iudicem*) de manera que es el magistrado el que conoce de la controversia entera, la cual no es ya un *iudicium* sino una simple *cognitio*, calificativo empleado para subrayar la antítesis entre el procedimiento del *ordo* y este otro donde el magistrado se reserva por *imperium* el conocimiento y la solución mediante un *decretum*.

con el procedimiento de las *legis actionis*, contemplado por primera vez en las *Lex XII Tabularum* y, posteriormente, con el procedimiento *per formulam*, que surgió en el Siglo II a.C. por la *Lex Aebutia*.

De manera muy sintetizada, se inicia así el procedimiento civil romano, distinto del procedimiento penal, cuya finalidad era la persecución de oficio por el poder público de los *crimina*, es decir, de aquéllos comportamientos ilícitos que atentaban contra el orden público y la estabilidad social. Siendo el procedimiento una sucesión de actos jurídicos que se inicia con el ejercicio de una acción y que conducen a la obtención de una sentencia, se ejercita una acción civil cuando lo que se persigue es el cumplimiento de una obligación procedente de un acto lícito, o una penal cuando el fin es perseguir el resarcimiento de un daño causado por un acto ilícito o *delicta*.

Es interesante recordar que los procedimientos del *ordo iudiciorum* se caracterizaban por estar integrados de dos fases: fase *in iure* ante un magistrado o *magister*, experto en materia jurídica que inicia y encauza el proceso hasta la siguiente fase; y la fase *apud iudicem* ante el juez o *iudex*, que no es experto en derecho, ante el que se practican las pruebas y dicta sentencia frente a la que no cabe recurso. (Encontramos ejemplos en Gayo, Instituciones IV, 16, 17^a, 17b, 26-29; en la Ley XII Tablas, III, 4-6; y en Aulo Gelio, Noct.Att., XIX, 1, 46-47).

En el ámbito estrictamente penal, es en el procedimiento *per formulam* del *ordo iudiciorum* donde encontramos las acciones derivadas de actos ilícitos, que podían ser: acciones penales, dirigidas a conseguir una pena (*poena*), normalmente pecuniaria en concepto de resarcimiento del daño causado, otorgándoles un valor doble, triple o cuádruple del daño, y podían ser cumulativas, pues si eran varios los autores del delito todos tenían que pagar de manera individual el importe de la pena, intransmisibles pasivamente en las que sólo respondía el autor del delito, y noxales en las que si el delito era cometido por un *filius* o un esclavo, el *pater familias* podía liberar la responsabilidad entregando al *filius* o al esclavo a la víctima del daño; acciones reipersecutorias, que perseguían obtener la devolución o recuperación de la cosa; y las acciones mixtas, que permitían perseguir conjuntamente la cosa y una pena.

¹⁵⁸ A partir de Octavio, en el año 17 a.C. surgen dos leyes: la *Lex Iulia de iudiciis privatis* por la que se deja sin efecto el procedimiento de las *legis actionis* y se establece como único procedimiento del *ordo iudiciorum privatorum* el procedimiento *per formulam*; y la *Lex Iulia de iudiciis publicis* por la que se dictan normas sobre el procedimiento penal. Esta reforma hace que aparezca en Roma y en las provincias la *cognitio extra ordinem* o procedimiento extraordinario que, como señalamos en nota 157, se diferencia respecto de los del *ordo iudiciorum* en que se desarrolla en una única fase ante el magistrado-juez, se refunde en una misma jurisdicción los juicios privados o civiles y los públicos o penales, y en que las sentencias son objeto de sucesivos recursos de apelación hasta llegar a conocerlos el propio Emperador, cuya sentencia si sería inapelable o firme. Es a partir de Adriano (en el siglo II d.C.), cuando se refuerza, hasta implantarse definitivamente el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* en la época de Septimio Severo a finales del Siglo II y principios del III d.C.

¹⁵⁹ BURDESE, A.: *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, UTET, Torino, 1977, págs. 235 y 236. La *cognitio extra ordinem* penal se caracterizaba además por la vigencia del principio inquisitivo por contraposición al acusatorio que regía el de las *quaestiones*, al que termina sustituyendo.

¹⁶⁰ *Op. cit.* Pág. 235

Así, la sentencia ya no tiene su origen en un *litis contestatio*, sino que es expresión de la voluntad pública, radicando su fuerza de obligar en la jurisdicción política¹⁶¹.

El origen de este procedimiento se debe, además de a razones históricas, a razones específicamente procesales, “como los *rescripta* del Príncipe, en los que éste daba su opinión sobre una cuestión difícil o debatida, orientado a los *iudex* privados, a través de un procedimiento residenciado en la burocracia imperial, no demasiado diferente a como tenía lugar la intervención del magistrado. Con posterioridad, la intervención de aquél llegará hasta la decisión del asunto mediante sentencia (*decreta*), a veces en primera instancia y, cada vez más frecuentemente, en apelación”¹⁶². A partir de esta forma procesal comienzan las limitaciones a las competencias de los jueces por razón del valor del litigio, la materia y el territorio, se tiende a la pérdida de características como la publicidad con la aparición del secreto, y se reafirma la prevalencia de la escritura y de la actuación por medio de *advocati*, con lo que tiene lugar la aparición de los gastos procesales y los honorarios de aquéllos.

Pero lo que supone el rasgo más especial de este tipo procesal, es precisamente el de la existencia en su seno de un recurso de apelación, tanto en el ámbito civil como en el criminal¹⁶³, cuya aparición sienta las bases del proceso moderno. Así el magistrado, que ya era un funcionario que actuaba por delegación del Emperador, estaba incardinado en una organización o Administración de Justicia. El modo en que la sentencia válida pero injusta se llevaba ante el funcionario superior, y en última instancia ante el Emperador, para que la sustituyera por otra de mayor justicia, es el recurso de apelación (*apellatio*)¹⁶⁴.

¹⁶¹ Vid. SANFILIPPO, C. *Instituzioni di Diritto Romano*, 10ª Ed., Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, pág. 130.

¹⁶² VARELA GÓMEZ, *La segunda instancia en el proceso ...*, ob. cit, pág. 236

¹⁶³ BURDESE, *Manuale di Diritto ...*, op. cit. Pág. 258, en donde refiere que la figura de la *provocatio* acabaría por identificarse con el instituto de la *apellatio*.

¹⁶⁴ IGLESIAS, J: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 202. Este es el sentido del famoso texto de ULPIANO recogido por el Digesto, Libro XLIX, tít. I, 1, acerca de la frecuente y necesaria práctica de las apelaciones: “1. ULPIANO; *De las Apelaciones, libro 1.*— Nadie hay que ignore cuán frecuente, y cuán necesario, sea el uso de la apelación; porque ciertamente corrige la injusticia ó la impericia de los juzgadores, aunque á veces reforme en peor las sentencias bien proferidas; porque no

La *appellatio*, llamada también *provocatio* o *supplicatio*, tenía por tanto carácter jerárquico (de *minore ad maiorem iudicem*), de modo que el fallo era siempre susceptible de ser revisado por otro magistrado de categoría superior al que ha dictado la sentencia¹⁶⁵. Las sentencias comenzaron a ser vistas como meros actos decisorios dimanantes de una autoridad y en consecuencia sometidas como todos al supremo mando imperial. Esta nueva concepción del proceso y del fallo es la que abre el camino a la aparición de la apelación, ya que la sentencia, como cualquier otro acto de gobierno, puede ser revisada legítimamente por la autoridad superior. Así, la consagración de la apelación significa la superación de todo rastro privatístico del proceso de los tiempos del *ordo iudiciorum privatorum*, pues desde este momento y ya para siempre las partes se encuentran en el litigio no frente a frente, sino ambas ante el poder jurisdiccional de autoridad.

La apelación por tanto está íntimamente ligada a la aparición de la justicia funcional y jerarquizada, sistema nuevo que significa el punto máximo de sujeción del juez a la norma. Anteriormente no tenía por qué ser perito en Derecho, aunque podía disponer de *adseores*, mientras que el nuevo juez funcionario está obligado a fallar con arreglo a las normas. No obstante, la potestad de juzgar en apelación no tenía un origen normativo¹⁶⁶, sino que proviene de la absoluta supremacía de hecho que llegaron a asumir los emperadores, una *auctoritas* que no era identificable con ninguna de las potestades singulares en que se encarnaba. Sobre la misma se fue desarrollando el sistema de la

siempre falla más bien el último que ha de proferir sentencia” (Digesto de Justiniano, t. III, versión de GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., Barcelona, 1897, pág. 812).

¹⁶⁵ Dig. L. XLV, tit. I, 122, 5, se describe una apelación ante el Príncipe, contra una sentencia a su vez dictada en apelación: “Soy, heredera de un solo tutor, habiendo hecho por solo pacto transacción con el heredero de la pupila, pagó la mayor parte, y dió caución por la restante; pero inmediatamente se negó el heredero a guardar la transacción, y reclamó ante el juez de la tutela, y vencido apeló al Juez competente, y de éste apeló él mismo también al Príncipe, y fué declarada injusta también esta apelación suya; se preguntó, si, habiendo habido morosidad por parte del heredero de la pupila para que no se pagase por la heredera del tutor la cantidad comprendida en la estipulación, y no habiéndola pedido nunca, se le deberán hoy intereses por la heredera del tutor. Respondió, que, si Saya no hubiese dejado de ofrecer el dinero debido por la estipulación, no se doblan en derecho los intereses”

¹⁶⁶ VARELA GÓMEZ, B.J.: «La segunda instancia ...», *op. cit.* pág. 237, nos dice que algunos autores han creído ver un origen legislativo en la atribución a Augusto, en el año 30 a. d. C. de dichas facultades por las *Leges Iuliae Iudiciorum*, o por la Lex de Imperio. Así, para estos autores la apelación tiene su origen sin duda alguna en el derecho que pertenecía a todo magistrado bajo la República de oponer su veto a las decisiones de otro igual o inferior, en la *intercessio*. El magistrado delante de quien se llevaba no se conformaba con oponer su veto a la sentencia, la anulaba también y la reemplazaba por una nueva sentencia.

cognitio y a través de ella todas las demás formas de intervención imperial en el campo del Derecho, además del poder de juzgar en apelación, que nace directamente de la praxis de esta nueva forma procesal.

Reglamentada posteriormente, en la época alto imperial¹⁶⁷, la apelación se va desarrollando en la práctica hasta que empieza a recogerse en una serie de constituciones imperiales que afectaron a aspectos concretos del recurso. Así, sólo eran recurribles en apelación las sentencias definitivas que fueran válidas, pues la concurrencia de una causa de invalidez hacía que aquéllas fueran consideradas inexistentes y carentes de efectos sin necesidad de impugnación¹⁶⁸; debía interponerse ante el magistrado superior, pudiendo llegar incluso hasta el Emperador, órgano supremo del poder político; más adelante, fue posible apelar también contra la segunda sentencia, de modo que es la tercera la que resuelve definitivamente el litigio.

Estaban legitimados para apelar los que habían sido parte en el primer juicio, además de los terceros en determinados casos, debiendo resaltarse que algunas fuentes romanas hablan de un *ius* o de una *facultas appellandi*, siendo la regla general la de que podía apelar quien tuviera interés en promover la reforma de la sentencia, aunque en el proceso penal, la apelación que tenía lugar ante el Príncipe no se consideraba un derecho del condenado, sino una gracia que aquél podía conceder o no.

Siguiendo a VARELA GÓMEZ¹⁶⁹, la apelación era fundamentalmente escrita (*libelli appellatori*), aún cuando en la época postclásica parece deducirse de una

¹⁶⁷ La apelación de la *cognitio* postclásica viene recogida y ampliamente tratada en el Digesto, en su libro XLIX, títulos I a XIV, que se refiere a los *libri de appellationibus* de los jurisconsultos Paulo, Ulpiano, Marciano, y Emilio Macro.

¹⁶⁸ Hay que tener en cuenta que dichas causas de invalidez eran mucho más amplias de las que hoy son motivo de nulidad. Entre ellas no sólo las relativas a la falta de presupuestos procesales en el juez o las partes, y las pronunciadas sin las debidas formas, sino las sentencias pronunciadas fuera de los límites en que había sido fijada la controversia, y las dictadas *contra leges et constitutiones*, causa esta última que tiende a reforzar el valor de la legislación imperial, a la vez que significa la total subordinación del juez a la ley. Vid. sobre el tema, ORESTANO, R.: *L'appello civile in Diritto Romano*, Giappichelli, Turin, 1966, págs.. 277 y ss.

¹⁶⁹ *Op. cit.* págs.. 240 y ss.

constitución de Constantino que también podía formularse de modo verbal (*appellare voce*)¹⁷⁰. Podía apelarse contra la sentencia en general o contra alguno de sus pronunciamientos en concreto¹⁷¹; producía efecto suspensivo hasta la terminación del procedimiento apelatorio, de modo que "nada debe alterarse entretanto", tanto si admitía la apelación como si no, a fin de evitar todo perjuicio en tanto se delibera sobre su admisión¹⁷²; y efecto devolutivo sólo en el caso de que fuere admitido el recurso, aunque el juez inferior no podía rechazar la admisión de la apelación interpuesta ante él, en el sentido de obstaculizarla indebidamente o por negligencia, bajo pena de incurrir en delito¹⁷³. Había causas de inadmisibilidad: la falta de legitimación y la inimpugnabilidad de la resolución, además de los defectos de forma en la interposición o la inobservancia del plazo, que para la forma escrita inicialmente era de dos días si la parte había intervenido en la primera instancia, o de tres si la promovía quien interesado en la revisión no había sido parte, ampliándose posteriormente el plazo a diez días para los casos en que el juez inferior no estaba en disposición de recibir personalmente el libelo o escrito de apelación. También se preveía la posibilidad de apelar directamente al Emperador, o ante

¹⁷⁰ Dig. XLIX, I, 2: "*Pero si alguno hubiere apelado en las actuaciones, será bastante, si dijera: «apelo»*". Para ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano ...*, cit., págs. 238 y ss., esta es probablemente la forma más antigua de apelar y la más congruente con el origen del término, a la vez que con la tradición procesal romana. Tenía lugar mediante la pronunciación de la palabra *apelo* o *provoco*, en el mismo día del pronunciamiento de la sentencia, seguida de la indicación del juez superior de quien se invocaba el juicio. Esta forma de apelar acabará por ceder el paso a la escrita, al no poderse siempre indicar el objeto del recurso, aunque ello no parece que fuera necesario.

¹⁷¹ Dig. XLIX, I, 13: "*En nada le perjudica al que apela no haber señalado en los libelos de qué parte de la sentencia apela*".

¹⁷² Dig. XLIX, V, 6: "*Se ha de saber, que cuando la apelación no es admitida, se preceptúa en las sacras Constituciones, que todo quede en el mismo estado, y que no se innove cosa alguna, aunque se haya apelado contra el fisco; y se dispone en los mandatos, que el que no hubiere admitido la apelación manifieste inmediatamente por medio de relación su opinión, y la causa por que no admitió la apelación, y que debe presentar copia de la misma al litigante*"; y Dig. XLIX, VII, 1, 1: "*Interpuesta la apelación, ya si hubiera sido admitida ya si no, no se debe innovar nada en el tiempo intermedio; si verdaderamente hubiere sido admitida la apelación, porque fue admitida, y si no fue admitida, para que no se cause perjuicio hasta que se delibere si se ha de admitir, o no, la apelación*"

¹⁷³ Dig. XLIX, V, 5, 5: "*Mas aquel cuya apelación no fue admitida debe dirigirse dentro del término establecido para la apelación o al juez competente, o al Príncipe*", del que parece deducirse que existía la posibilidad de reclamar contra la inadmisión de la apelación mediante una nueva apelación, distinta de la primera, que tenía por objeto precisamente el rechazo de ésta, interpuesta directamente ante el Emperador o ante el juez superior, a la manera de nuestro actual recurso de queja.

el juez superior cuando no era posible encontrar al que había pronunciado la sentencia, o incluso mediante la fijación del libelo en un sitio público¹⁷⁴.

Admitida la apelación, el juez debía redactar la *litterae dimissoriae* o *apostoli* que consistía en una relación escrita de las razones alegadas por el apelante para que el magistrado superior pudiera hacerse cargo del asunto litigioso, pesando sobre el apelante la carga de remitir dicha relación al superior, aunque se desconocen las consecuencias de la falta de entrega y el plazo que tenía para hacerlo.

La comparecencia ante el tribunal superior era obligatoria: si el apelante no comparecía la sentencia era confirmada; si no lo hacía el apelado, la tramitación seguía adelante con base en la presunción de legitimidad de la que gozaba la sentencia recurrida, y que era defendida por el propio juez cuando nadie se oponía a la apelación. De esta manera, tenía lugar un nuevo juicio ante el juez superior. Desde la recepción de la apelación ante el juez superior hasta la fijación de una audiencia a las partes transcurría a menudo un tiempo demasiado largo, con lo que la lentitud apareció muy pronto como uno de los inconvenientes de esta institución, de ahí que se limitara la tramitación al plazo de dos años. Si la apelación era desestimada, *appellatio iniusta*, el apelante debía abonar al apelado el cuádruplo de las costas de la segunda instancia, existiendo incluso la posibilidad de imponer penas pecuniarias accesorias por temeridad.

Se trataba de una *apelación plena*, una especie de repetición del juicio en el que el apelante podía alegar hechos nuevos, excepciones y proponer nuevas pruebas para fundamentar su recurso, permitiéndose igualmente al apelado aducir todas las razones

¹⁷⁴ Dig. XLIX, I, 25: “El Emperador Alejandro a la comunidad de los griegos, que hay en Bitinia. No veo ciertamente de qué modo se le prohíba a cualquiera apelar por los juzgadores, siendo posible que el que tiene otro camino haga lo mismo y llegue más pronto a mí; mas les prohibimos a los curadores y a los magistrados de las regiones emplear injuria y violencia contra los apelantes, y rodearlos de guardia militar, y, para decirlo claramente, obstruirles el camino que hay; y prestarán fidelidad a esta prevención mía, sabiendo, que tanto cuidado tengo por la libertad de los que son gobernados, como por la buena voluntad y la obediencia de ellos”; Dig. XLIX, IV, 1, 10: “Si alguno no tuvo ciertamente posibilidad de presentarse a aquel de quien apeló, pero la tuviera para presentarse a aquel a quien apeló, se ha de ver si se le podrá oponer la prescripción porque no se le hubiere presentado. Y observamos este derecho, que, si hubo posibilidad de presentarse á uno o a otro, tiene lugar la prescripción”; y Dig. XLIX, I, 7: “Como por causa de violencia del juez uno no le dio los libelos al mismo de quien apeló, sino que los presentó públicamente, el Divino Severo le concedió venia, y le permitió que defendiera las causas de la apelación”.

que estimase oportunas en contra de la apelación. Y tal vez como efecto de esa plenitud, no existía la prohibición de *reformatio in peius*, pudiendo la sentencia de segunda instancia ser más desfavorable para el recurrente aún cuando no lo pidiese el apelado¹⁷⁵. La estimación de la apelación, por tanto, podía anular la sentencia anterior, reformarla en su contenido¹⁷⁶ e incluso innovar por esta vía.

Este esquema de apelación plena, con algún que otro altibajo, se mantuvo en el Derecho justiniano, en el que fue admitido de modo general el *ius novorum* en apelación, permitiéndose la alegación de nuevos hechos, presentación de nuevas pruebas y excepciones, criterios que volvieron a configurar la apelación como un *novum iudicium*.

Sin embargo, tal vez por razones de orden público¹⁷⁷, las sentencias penales no gozaron de la apelabilidad general que existía en los procesos civiles. La gravedad de determinados delitos justificaba la excepción a la regla del doble grado de jurisdicción, considerándose que para su prevención, más que para su represión, operaba de modo más completo la amenaza de una condena capital sin posibilidad de apelación. Por eso no eran apelables las sentencias dictadas en supuestos de delitos especialmente graves, que debidamente probados y confesados por el reo, hacían inatacable la sentencia, como era el caso del adulterio, homicidio, envenenamiento, brujería, y violencia manifiesta¹⁷⁸.

Pero al margen de estos casos, la apelación civil y la criminal fueron siempre de la mano, y en lo esencial su desarrollo fue revistiendo las mismas formas, pudiendo apelarse toda sentencia definitiva que causara perjuicio a cualquiera de las partes, también a los terceros en el caso de la pena capital incluso sin que para ello hubiere dado poderes

¹⁷⁵ Cfr. ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano*, Edersa, 1988, pág. 181

¹⁷⁶ Dig. XXVIII, IV, 3: “(...) Cuando retirados todos hubo deliberado Antonino César, y mandado que de nuevo se recibiera a los mismos, dijo: «el caso presente parece que admite más humana interpretación, para que juzguemos que Nepote quiso que fuese Irrito solamente lo que taché»”.

¹⁷⁷ AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit., pág. 83.

¹⁷⁸ Codex justiniano, VII, 65, 2. En otros supuestos, aunque se admitía la apelación, no se producía con efecto suspensivo de la ejecución de la pena, como en los delitos de sedición y robo manifiesto (cfr. Dig. XLIX, I, 16, y también Dig. XXVIII, III, 6, 9)

el condenado y hasta en contra de su propia voluntad. La apelación en el proceso penal, como en el civil, también tenía efectos suspensivos de la ejecución de la sentencia, y devolutivo atribuyendo al juez superior el total conocimiento de la causa, con independencia de la parte de la sentencia impugnada y prescindiendo de los motivos en la interposición. Esta amplitud conllevaba que el tribunal superior también podía castigar el delito con pena más grave que la impuesta por el inferior, no existiendo tampoco en este proceso la prohibición de reforma peyorativa.

II.- EN EL DERECHO COMÚN

En el Derecho Germánico primitivo el procedimiento de obtención de la sentencia que era pronunciada por un tribunal presidido por un representante del poder soberano en presencia de la asamblea popular, dotaba a la sentencia del valor de ley para el caso concreto, transformándola en absolutamente inatacable. Por ello no existía la institución de los recursos¹⁷⁹.

La disolución de las instancias jerárquicas que hacían posible la utilización de la apelación como medio de impugnación de las sentencias en el Derecho Romano, como consecuencia de la descomposición del Imperio Romano, se perpetuó durante la Edad Media, en la que la fragmentación política impedía la existencia de un poder central fuerte y la instauración de un principio de jerarquía judicial, elemento necesario para la implantación y desarrollo de la apelación.

En tal sentido, la recepción del Derecho Romano, con las adaptaciones introducidas en el mismo por los canonistas y las modificaciones resultantes de la labor de los glosadores, significó el relanzamiento de la apelación que apareció de nuevo como un instrumento de centralización política, al exigir la constitución y reconocimiento de órganos jurisdiccionales por encima de los poderes locales o señoriales, delegados de uno

¹⁷⁹ ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J.: *Instituciones de Derecho Procesal. ...*, op. cit., pág. 14. Existía únicamente, un procedimiento de *desaprobación de la sentencia*, en el seno de la asamblea y antes de su proclamación oficial, ante la disconformidad planteada por una de una de las partes o de cualquier miembro de aquélla con la propuesta de sentencia avanzada por los jueces.

superior¹⁸⁰. Durante esta etapa, los poderes del Rey y la Iglesia rivalizaron en la implantación de sus propias vías de recurso, especialmente el de apelación, que llega a conseguir un gran auge gracias a la naturaleza escrita y enormemente dilatada del proceso del Derecho común, y al concepto amplio de la misma propiciado por el Derecho Canónico, que extendió el recurso de apelación incluso contra las resoluciones interlocutorias¹⁸¹.

VARELA GÓMEZ¹⁸² hace referencia a que las diferencias entre los modelos constantiniano y justiniano de apelación plantearon a los glosadores el problema de los límites entre los *vetera* y los *nova capitula*, que suponían un cambio en la demanda, es decir, el problema de cuáles eran las innovaciones que debían de admitirse en apelación y cuáles prohibirse, de modo que se armonizasen dos principios: el principio de libertad de la parte apelante para defender su derecho en la segunda instancia, y el principio de que el juez de la apelación debe conocer de la misma causa de que antes ha conocido el juez inferior y no de otra. Así discutieron con tesis contradictorias sobre la esencia y amplitud de los *nova capitula*, hasta que, a mediados del siglo XIII, se produjo un cambio de actitud acerca del problema, a raíz de una glosa de Odofredo que repelía las tesis anteriores, manteniendo que en apelación no podía entablarse una acción distinta de la ejercitada en primera instancia cambiando indebidamente las razones jurídicas, aunque se admitió la posibilidad de nuevas pruebas y subrayándose que lo principal era que en la segunda instancia el debate siguiese girando alrededor del mismo hecho¹⁸³.

¹⁸⁰ El desarrollo de la apelación se vio favorecido en esta época por la temprana centralización que se operó en la estructura de la Iglesia, que propiciaba la idea de que toda jurisdicción era delegada del Papa, (cfr. AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, *op. cit.*, pág. 52).

¹⁸¹ La apelación antes de sentencia se admitía en el Derecho Romano de modo muy excepcional, pues la posibilidad de impugnar una resolución interlocutoria entrañaba la idea del proceso como una serie de cuestiones encadenadas, a resolver en un orden lógico, mientras que el proceso romano se concebía unitariamente, como una decisión única sobre un bien de la vida, (en tal sentido, AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, *op. cit.*, pág. 54). En cambio el Derecho Canónico de las Decretales admitió la posibilidad de alzarse contra toda sentencia interlocutoria, incluso en el proceso penal, salvo en los casos de delitos notorios, donde no se admite apelación de ningún tipo, (cfr. ALONSO ROMERO, M.P.: *El proceso penal en Castilla, siglos XIII-XVIII*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pág. 27).

¹⁸² *Op. cit.*, pág. 245 y ss. a quien seguimos en esta exposición.

¹⁸³ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en ...*, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

El Derecho Canónico por su parte, permitió al juez superior el conocimiento de los *nova capitula* derivados de la demanda, admitiendo la presentación de toda clase de pruebas, incluso la testifical, pero no permitiendo la prueba sobre los *vetera capitula*, ni la repetición de la ya practicada en primera instancia.

En la época del Derecho Romano, recordemos que el recurso de apelación tenía por objeto la sentencia definitiva válida, no así las sentencias inválidas o nulas que para el derecho no existen. Así decíamos que las sentencias o eran válidas, o eran nulas y por tanto inexistentes como tales. Esta distinción es importante, porque supone el hilo conductor de la evolución de la apelación¹⁸⁴. En efecto, según las ideas de influencia romana, la sentencia nula nada puede valer y su nulidad puede declararse en cualquier momento, lo que conlleva la posibilidad de abrir procesos autónomos para declarar su nulidad, incluso por vía incidental o de excepción. En sentido contrario opera la influencia germánica, según la cual la sentencia es formalmente válida, y no cabe, so pretexto de nulidad, dejar siempre abierta la posibilidad de un proceso sobre su regularidad. La conciliación entre ambas posiciones se produce en la Baja Edad Media con la llamada *querella nullitatis*, introduciéndose un nuevo concepto: el de anulabilidad, que determina la necesidad de una nueva sentencia que constitutivamente declare su invalidez para desconocer los efectos de una sentencia anterior. La *querella nullitatis* aparece de esta manera como un remedio diferenciado de la *querella iniquitatis* o apelación, y con regulación separada, aunque en algunos textos legales se hallen unidos.

En los textos legales del Derecho Castellano se contienen ejemplos de ambos tipos de regulaciones e influencias. En casi todas las fuentes de la Baja Edad Media, como el Espéculo y las Partidas, se habla de cuatro medios de impugnación de las sentencias: junto con la suplicación, la *restitutio in integrum* y la nulidad, se encuentra la apelación, ya con el carácter de recurso ordinario y común como hoy lo conocemos, y con sus efectos característicos: devolutivo y suspensivo¹⁸⁵. Si bien en el Fuero Juzgo no aparece

¹⁸⁴ Al menos en opinión de ALMAGRO NOSETE, J.; y TOMÉ PAULÉ, J.: *Instituciones de Derecho Procesal*. ... , *op. cit.*, pág. 14.

¹⁸⁵ Así por ej. en las Partidas (1. III, tít. 23, 1). se define la *alzada*, como “*querella que alguna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamando et recorriéndose a enmienda de mayor juez*”. Por su parte el Espéculo, que la define de modo similar (1. V, tít. 15, proemio), habla de *alzada* por un lado, y de *querella* de nulidad por otro.

referencia a los recursos, en el Fuero Real se regulan las alzadas o apelaciones (en el tít. XV de su libro II) como pieza fundamental del sistema de impugnaciones, donde después de establecer que si la sentencia no se impugna ante el juez superior el pleito queda firme y valedero para siempre, se admite conforme a la idea romana la distinción entre pleitos o *juicios valederos* y aquéllos otros *que no son valederos*.

Las Leyes de Partidas (de clara influencia romana), regulan también la alzada o apelación como recurso común (Partida Tercera, tít. XXIII), y la entienden como una continuación de la primera instancia, permitiéndose nuevos testimonios sobre los mismos hechos acerca de los que se hubiere depuesto con anterioridad, previo juramento del apelante de que no lo “*faze por engaño, nin por malicia, nin por alongamiento*”, pudiéndose presentar también los instrumentos que se hubiesen obtenido después del primer juicio. Por su parte el Espéculo y las Leyes de Estilo admitían la formulación de nuevas alegaciones y excepciones perentorias en segunda instancia.

Más tarde el Derecho procesal castellano evolucionó en sentido restrictivo de los elementos que el apelante podía hacer valer en la segunda instancia, prohibiendo la prueba testifical en apelación, norma que va a pervivir durante siglos a través del Ordenamiento de Alcalá de 1348, y su incorporación al Ordenamiento de Madrid de 1502, y de Alcalá de 1503.

El Ordenamiento de Alcalá revocó y anuló muchas de las leyes de las Partidas, dedicándole a la apelación el título XIII, y a la suplicación para ante el Rey contra las sentencias dictadas por Alcaldes mayores y Adelantados resolviendo apelaciones, el XIV. En estos dos títulos, se regulan separadamente las apelaciones interlocutorias de forma muy restrictiva para evitar la dilación de los pleitos, y las definitivas. No se admitían acciones declarativas de nulidad contra las sentencias, pero se arbitra un remedio análogo a la *querella nullitatis*, en el que los motivos de nulidad son tratados como si fueran de anulabilidad, como medio de corregir vicios *in procedendo* o errores de actividad, junto con la verdadera apelación o alzada, mediante la que se trata de corregir vicios *in*

iudicando. Contra la sentencia dictada al resolver la *querella nullitatis* no procede ya alegar anulabilidad, aunque se puede en algunos casos apelar o suplicar¹⁸⁶.

En lo que se refiere estrictamente al proceso penal, recordemos que la posición del Derecho Romano era contraria a la apelación de la sentencia penal, y así se mantuvo hasta las fuentes bajomedievales, creando una presunción negativa en contra de las personas involucradas en delitos especialmente graves, y tendiendo a generalizarse la prohibición de apelar en todas las causas criminales¹⁸⁷.

Así el Fuero Real y las Leyes de Estilo prohibían expresamente la alzada en los casos más graves que conllevaban pena de muerte o pérdida de miembros¹⁸⁸. Por su parte los glosadores interpretaron extensivamente las excepciones provenientes del Derecho Romano¹⁸⁹. Las Leyes de Partidas y el Espéculo recogieron también estas restricciones a la apelación en supuestos de delitos estimados de especial gravedad por considerar que requerían un rápido y ejemplar castigo, por el peligro para el mantenimiento del orden público y la paz, por lo cual la prohibición de apelar estaría fundada en razones de interés público¹⁹⁰. En los demás casos, se admite la apelación ante el inmediato superior

¹⁸⁶ Todo ello en franca contradicción con las leyes de Partidas, que sostenían la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (t. XXIV, ley IV, Partida tercera). De todas maneras, las normas de las Partidas, junto con otras de las mencionadas, siguieron en alguna medida vigentes hasta el siglo pasado a través de la Nueva y Novísima Recopilación y aún de normas posteriores, a las que más adelante se hará referencia.

¹⁸⁷ Según AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit., pág. 83, y VARELA GÓMEZ, B.J.: «La segunda instancia en el proceso ...», op. cit. pág. 248.

¹⁸⁸ Fuero Real, l. II, tit. 15, 1, y Leyes del Estilo, 101 y 163.

¹⁸⁹ AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit., pág. 83. Por ejemplo interpretando que el reo convicto y confeso no sólo no podía apelar en los delitos graves citados por el Codex, sino en ninguna causa penal, o negando de modo absoluto la posibilidad antes existente de apelar en un solo efecto.

¹⁹⁰ Nos dice VARELA GÓMEZ, B.J.: «La segunda instancia ...», op. cit. pág. 248, que se trataba de delitos que porque “yerran mucho contra Dios, et a nos et contra el pro comunal de los pueblos”, si el reo estaba convicto y confeso eran inapelables: “ladrones conocidos, et revolvedores de los pueblos, et los cabdillos o mayores dellos en aquellos malos bollicios, et los forzadores de las vírgenes o de las víbdas o de las otras mugeres religiosas, et los falsadores de oro, o de plata, o de moneda o de sello del rey, et los que matan a yerbas, o a traycion o alevé” (Partidas. III, 23. 16, y Espéculo V, 14, 11, en términos similares). No se admite en las Partidas la apelación contra sentencias interlocutorias, salvo contra la que manda dar tormento (III, 23, 13), ya que causa un perjuicio irreparable, excepción que proviene del Derecho Romano.

jerárquico, aunque puede presentarse directamente ante el Rey¹⁹¹, incluso por los parientes del condenado y en contra de su voluntad tratándose de delitos de sangre, y también por los extraños si media su consentimiento¹⁹². Incluso, se permitía la práctica de nuevas pruebas en apelación, y la reiteración de ésta dos o tres veces según que sus resultados fueran confirmatorios o revocatorios¹⁹³. Por último, además de otros recursos como la «merced real», la «restitución» y «contra la sentencia dada en virtud de pruebas falsas», conviven con la apelación varios supuestos de nulidad de la sentencia, pudiéndose revocar en cualquier momento, dándose por inexistente¹⁹⁴.

Con posterioridad, se entendió que las leyes de Partidas habían derogado las normas del Fuero Real y las Leyes de Estilo que consignaban en general la inapelabilidad de la sentencia penal, por lo que, desde ese momento se consideró que todas ellas eran apelables salvo en los casos excepcionados por dicha ley, siempre que se obtuviese o bien prueba cierta o confesión del reo. Es interesante por ello consignar que la inapelabilidad de las sentencias penales se consideró por los autores renacentistas como atentatoria a las ideas humanitarias y lógicas más básicas¹⁹⁵. No obstante, las restricciones a la apelación continuaron estando vigentes en los casos de reo convicto y de confesión -siempre que no fuera arrancada bajo tormento, sino hecha por él espontáneamente o ratificada después de haber finalizado-, y en los de prueba cierta -que era la que se deducía de la evidencia presentada por *buenos testigos*, en número de dos o tres como mínimo, de manera que no hubiese duda sobre los hechos -.

¹⁹¹ Partidas, III, 23, 1 y 18. “*Alçada (1) es querella que alguna de las partes faze, de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando e recorriendose a emienda de mayor Juez*”. “*mas si el Personero non ouiesse de que lo pechar, estonce puede el señor del pleyto seguir su alçada, assi conto de suso diximos*”

¹⁹² Partidas, III, 23. 6.

¹⁹³ Partidas, III, 23, 25

¹⁹⁴ Partidas, III, 26, 4, y 5. Aclaremos que los supuestos de nulidad hacen referencia a la sentencia dada sin acuerdo de todos los jueces, o fuera del plazo concedido para juzgar, sin haber emplazado a todas las partes, o habiendo condenado a mayor pena de la que correspondería por el delito.

¹⁹⁵ AIKIN ARALUCE, S.: *El recurso de apelación en ...*, op. cit., pág. 85, nos recuerda las palabras de BONIFACIO, que en su Glosa a Peregrina, fo. 41, decía que “*tal prohibición atentaba directamente contra Dios y contra la razón, contra Dios por cuanto que podía dar lugar al castigo de inocentes, y contra la razón, porque resultaba incoherente que las causas civiles de cuantías insignificantes admitiesen apelación, y sin embargo aquellas en que la integridad y la vida humana estaban en juego, no fuesen apelables*”.

Había otras excepciones como los casos de *delitos notorios*, cometidos en presencia del pueblo o de la mayor parte de él -probable antecedente de los actuales delitos flagrantes-, y en las causas que versaban sobre delito que por su frecuencia en algún territorio determinado atentaban contra el mantenimiento de la paz y el orden, en las que se pretendía que se ejecutasen de modo inmediato las sentencias¹⁹⁶, norma que fue aprovechada y desarrollada por la legislación posterior de los Reyes Católicos ante el alarmante estado de inseguridad que reinaba en Castilla, estableciéndose un procedimiento sumario por delitos contra la propiedad –nos hace presente el actual juicio rápido introducido en 1.992-, que propiciaba la ejecutabilidad inmediata de las sentencias, aún en los hipotéticos casos en que se admitiese apelación. Esta legislación que intentaba detener la producción de desórdenes públicos privando de garantías procesales a los reos de delitos de frecuente comisión está encuadrada en un sistema jurídico hostil en general a cualquier dilación en la ejecución de las penas. Así, y consecuentemente, el orden de las apelaciones era en la esfera penal diferente y especialmente estricto frente al civil.

III.- EN LA ETAPA ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN PROCESAL HASTA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1.882

La legislación procesal del siglo XIX se reafirmó en el sentido restrictivo de la apelación que había perdurado durante siglos. Así el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, se remite en el art. 65 a las leyes antiguas en materia de prueba en apelación exigiendo a las Audiencias que mantuviesen su actitud restrictiva y cerrando la puerta a tales probanzas cuando fueren inútiles o improcedentes, así como a toda dilación maliciosa o indebida.

La nulidad fue progresivamente considerada como un recurso, desapareciendo la acción de nulidad propiamente dicha, sustituida por el recurso ante el órgano superior a modo de la *querella nullitatis*, de manera que si el medio de impugnación ordinario es la apelación y el recurso de nulidad se puede interponer conjunta o separadamente con

¹⁹⁶ Partidas, VII , 31, 8.

aquella, poco falta para que se produzca la fusión de ambos¹⁹⁷. De este modo, el recurso de apelación actual con algunos matices, sobre todo después de la reforma de la ley procesal civil por ley 34/1984, que eliminó el incidente de nulidad de actuaciones, y de la regulación de nulidades de oficio por la LOPJ, aparece como heredero también del recurso de nulidad del Derecho Común¹⁹⁸.

La primera *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, recogió también el espíritu de la legislación anterior adaptando su sistemática a la de la ley procesal mercantil de 1830¹⁹⁹. Así, las partes en segunda instancia podían exigirse mutuamente confesión sobre hechos que no hubiesen sido su objeto anteriormente, pudiendo también aportarse documentos de nuevo conocimiento. Los demás medios de prueba se admitían en caso de que no se hubiesen podido llevar a la práctica por causas no imputables a la parte proponente, por hechos sobrevenidos, o de nuevo conocimiento (arts. 866 a 869 LEC 1855). Además, en la LEC de 1855 es la primera vez que normativamente se contempla la posibilidad de la impugnación de la sentencia por el no inicialmente apelante, a través de la denominada «adhesión» a la apelación, en el art. 858 LEC de 1855²⁰⁰.

Estas disposiciones fueron en lo esencial recogidas por la ALEC de 1881²⁰¹, que extendió la procedencia del recibimiento a prueba a dos casos más: cuando fuere

¹⁹⁷ El punto de inflexión de esta evolución lo constituyó la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas del comercio*, de 24 de julio de 1830, que en su tit. XI. secc. 1^a. arts. 388 a 418, se refería a la *apelación y segunda instancia*, y en la secc. 2^a, arts. 419 a 426, regulaba *el recurso de nulidad*, que no procedía sino contra sentencias definitivas, interponiéndose conjuntamente con el de apelación, dentro de su término, y siguiéndose la segunda instancia al mismo tiempo para ambos *remedios*.

¹⁹⁸ Así GARBERRI LLOBREGAT, J; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Apelación y casación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1994, pág. 19.

¹⁹⁹ La Ley de Bases de 13 de Mayo de 1855, en su Base 1^a ordenaba como es sabido la compilación de las leyes y reglas del enjuiciamiento civil en función de *restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes*. Por su parte, la segunda Ley de Bases, de 21 de junio de 1880, tan sólo ordenaba *reformular y publicar* la ya existente Ley de Enjuiciamiento. El texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por RD de 5 de octubre de 1855, regulaba en sus tít. VII. arts. 335-6, y XVII. arts. 837 a 890, la apelación de sentencias (Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. oficial, 2^a. Imprenta del Min. de Gracia y Justicia, Madrid, 1855).

²⁰⁰ ARAGONESES ALONSO, P.; GISBERT POMATA, M.; *La apelación en los procesos ...*, op. cit., págs. 37-38

²⁰¹ LEC que estuvo vigente, aunque ampliamente modificada, hasta la entrada en vigor de la LEC 2000, el 8 de enero 2.001.

indebidamente denegada en primera instancia, y el de rebeldía del demandado, además del supuesto de conformidad de ambas partes en cuanto a la necesidad y conveniencia del recibimiento a prueba en apelación (arts. 862.1 ° y 5°, y 865 ALEC 1881). Es decir, que nuestra codificación procesal poco tuvo de innovadora en materia de apelación, recogiendo el espíritu restrictivo de la legislación histórica y de la práctica procesal que desde la Edad Media había configurado la misma como un proceso revisorio de la primera instancia.

No ocurrió lo mismo en lo referente al proceso penal, pues la situación se altera radicalmente a partir de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, en cuyo título V –“De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y lo criminal”-, se consagraron una serie de garantías procesales en favor del reo²⁰², después suspendidas a la vuelta del rey Fernando VII, pero lo cierto es que los principios procesales de la Constitución de Cádiz supusieron el cauce para la cristalización del perfeccionamiento de la Administración de Justicia a lo largo del siglo XIX. Así, su principal virtud, a los efectos que ahora interesan, es la creación de órganos judiciales específicos para el conocimiento del recurso de apelación: las Audiencias, con el carácter de Territoriales (antecedente directo de las actuales Audiencias Provinciales).

En la legalidad vigente con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la existencia de segunda instancia en los juicios penales constituía la regla general, como venía siendo desde comienzos de siglo con ocasión de la promulgación, por Real Cédula de 15 de julio de 1805, de la *Novísima Recopilación*²⁰³. Tal situación parece que podía responder a una necesidad impuesta por razones funcionales pues la competencia

²⁰² Más concretamente en el cap. III, *De la administración de justicia en lo criminal*, arts. 286 a 308, sobre privación de libertad individual por auto motivado (art. 293), puesta a disposición de Juez competente (art. 290), garantías en el embargo de bienes (art. 294), derecho a información sobre la acusación (art. 300), publicidad del proceso (art. 302), prohibición del tormento (art. 303), e inviolabilidad del domicilio (art. 306).

²⁰³ Al procedimiento criminal dedicaba la *Novísima Recopilación* el libro XII, tít. XXXII y ss. Se entendían así generalmente como no subsistentes las normas de las Partidas, que sin embargo tenían carácter supletorio, y que vedaban el recurso en caso de delitos graves probados por testigos o confesión y en los que fuere necesaria la inmediata ejecución de la sentencia a fin de evitar problemas de seguridad pública. El plazo para recurrir así como los efectos de la interposición eran idénticos a los de la apelación civil. Puede consultarse TAPIA, E.: *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, I. Boix Editor, Madrid, 1841, T 8, pág. 6.

en asuntos penales de los Jueces de la primera instancia era muy limitada, estándoles atribuida la sustanciación de la causa pero no el fallo -salvo en los casos de delitos leves-. Los fallos de los Jueces inferiores en realidad suponían un dictamen en forma de sentencia, sujeto a la aprobación o modificación del superior; auténtico juicio de revisión -en el foro se denominaba "consulta"-, por el que el tribunal de la apelación decidía si había de ejecutarse, si se modificaba o anulaba la resolución de primera instancia²⁰⁴.

Este era el sistema del antes citado *Reglamento Provisional de 1835* (art. 51, disp. 14^a)²⁰⁵, y del *Real Decreto de 4 de Noviembre de 1838*²⁰⁶, que trataban de desarrollar los principios consagrados en la Constitución de 1812, y que admitían la segunda instancia en todos los procesos por delito, incluso en aquéllos en que podía conocer el Tribunal Supremo. Cuando se trataba de delitos leves, la apelación era el único recurso y necesario contra la sentencia de instancia, ya que para estos casos el Juez no tenía obligación de remitir la causa en *consulta* al tribunal superior²⁰⁷. La *consulta*, también llamada

²⁰⁴ Incluso los autos de sobreseimiento debían ser sometidos a *consulta*, y en este caso con remisión de los autos sin notificación ni emplazamiento de las partes ante el tribunal superior. Ante éste la sustanciación se reducía a la audiencia del Fiscal y al dictado sin más trámites de la resolución confirmatoria o revocatoria, sin ulterior recurso. El tribunal superior podía, en casos de gravedad o por creerlo conveniente por otro motivo, practicar diligencias para mejor proveer (art. 11, Reglamento Provisional de 1835).

²⁰⁵ VARELA GÓMEZ B.J.: «La segunda instancia ...», *op. cit.* pág. 253, nos recuerda que *El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, es la primera disposición procesal después del reinado de Fernando VII y coincide en el tiempo con el restablecimiento de las disposiciones procesales de la Constitución de 1812, que tuvo lugar por un RD de 16 de septiembre de 1837. Aunque su extensión era muy pequeña, en 107 arts. se ocupaba de la materia orgánica y procedimental civil y criminal, alcanzó gran importancia en cuanto a la reorganización del proceso, ya que supuso la derogación de las disposiciones procesales del libro XII de la Novísima Recopilación y por tanto de la legislación antigua. Muchas de sus disposiciones fueron recogidas por la LECrim. de 1872, y a otras volvió directamente, por considerarlas vigentes, la Compilación de 1879, (*vid.* GOMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1959, pág. 17). Puede consultarse también en el llamado "*Código de Procedimientos Criminales*", redactado por FERNANDEZ DE LA HOZ, J.M., Madrid, 1843, pág. 151 y ss.

²⁰⁶ Esta disposición vino a reformar precisamente el Reglamento Provisional en el punto relativo al tránsito de la instancia a la apelación, arts. 51.14 y 72, obligando al Secretario, entonces llamado Escribano, a consignar *apud acta*, al notificar la sentencia, los nombres del Procurador y el Abogado que habían de representar a la parte en la alzada, advirtiéndole de su nombramiento de oficio en caso contrario. Se trataba así de evitar los segundos emplazamientos y de aligerar el procedimiento.

²⁰⁷ El plazo para apelar era en el caso de los delitos leves tan sólo de dos días remitiéndose sin más trámite al tribunal superior, con citación y emplazamiento de los interesados y remisión de la causa original. Se autorizaba la apelación en forma verbal en el momento de la notificación, sin necesidad de la expresión de motivos o agravios, y en ambos efectos suspensivo y devolutivo.

emplazamiento oficial, era obligatoria en los casos de delitos graves²⁰⁸. Sin embargo, los efectos de ambos remedios –apelación y consulta- contra la sentencia de primera instancia eran los mismos: la remisión de los autos originales al tribunal superior con emplazamiento de las partes para usar de su derecho. Ante él se daba audiencia sin más precisiones al Fiscal y a las demás partes o a sus defensores si se presentasen, con lo que parece era posible articular y probar hechos nuevos o no probados en la primera instancia, y después se entregaban los autos a las partes para instrucción y se señalaba día para la vista, con citación de ellas y del Fiscal²⁰⁹.

La promulgación del Código Penal de 1848, vino acompañada de una *Ley Provisional* para su aplicación, que fue reformada y completada en 1850, y que con otras reformas parciales estuvo vigente hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872. Esta ley regula de modo completo por primera vez el juicio de faltas, cuyo conocimiento correspondía en primera instancia a los Alcaldes y sus Tenientes, con apelación ante el Juez del partido, prohibiéndose la práctica de prueba, con vista oral, y sin ulterior recurso.

Se suele citar otro antecedente legislativo, aunque más referido a la casación que a la apelación, y que sin embargo recogía también la dualidad de instancias: el *Real Decreto de 20 de Junio de 1852*, sobre delitos de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública, que regulaba por completo estas infracciones, tanto en lo material como en lo procesal. Así, en sus arts. 85 a 88 se regulaba la apelación contra la sentencia pronunciada en este procedimiento especial, y el emplazamiento oficial sin necesidad de recurso en el caso de haberse impuesto la pena de muerte o la inmediata. El trámite era muy similar al del Reglamento de 1835: en los plazos de interposición, que era de cinco

²⁰⁸ Eran entonces aquéllos a los que la ley señalaba *pena corporal*, donde funcionaba un procedimiento de revisión automática semejante al del proceso canónico, independientemente de que las partes apelasen, y por el juez superior de la causa. Penas corporales eran además de la capital, las de *azotes*, *vergüenzas*, *bombas*, *galeras*, *minas*, *arsenales*, *presidio*, obras públicas, *destierro*, *prisión* o *reclusión de más de seis meses*, según el art. 11 del Reglamento Provisional de 1835. En estos casos, el plazo de interposición era de cinco días.

²⁰⁹ Si la sentencia era conforme de toda conformidad con la de primera instancia se devolvía la causa al juzgado inferior para ejecución; en caso contrario quedaba abierta la súplica o tercera instancia. procediéndose sólo a la ejecución si las partes no usaban de este recurso, cuyo conocimiento correspondía a otra Sala distinta de la que había fallado anteriormente (art. 71 , Reglamento Provisional de 1835, y art. 4, RD de 4 de noviembre de 1838).

días; en la expresión de agravios y la contestación, a realizar ante el tribunal superior; y en la prueba en segunda instancia, admisible con amplitud, así como las diligencias para mejor proveer. La resolución de la apelación exigía igualmente la celebración de vista oral, con asistencia de las partes y del Fiscal; y contra la sentencia de segunda instancia procedía ya el recurso de casación.

En la misma línea estaba la *Compilación General*, aprobada por Decreto de 16 de octubre de 1879, que suprimió el Jurado, el juicio oral y público y la separación orgánica y funcional entre instrucción y fallo, así como la única instancia, que había establecido la primera *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 22 de diciembre de 1872²¹⁰. *Compilación General* que en el cap. VI, dedicado al plenario, se ocupaba de "la segunda instancia en las causas criminales" en los arts. 852 y 854 a 858. En ellos permanecía vigente el sistema de consulta y emplazamiento oficial ante la Audiencia (art. 852) en todos los casos de sentencias pronunciadas por los Jueces de primera instancia -denominación a la que se vuelve, abandonando la de Jueces de partido-. Recibidos los autos en la Audiencia, la sustanciación era común para la consulta y la apelación, limitándose al traslado para reproducir o modificar la acusación y para defensa y señalamiento de vista oral (art. 854). En cambio, curiosamente, no existía prueba en apelación sino que cuando el tribunal superior entendía mal denegada aquélla o apreciaba que el término para practicarla era escaso, dejaba sin efecto la sentencia consultada, con devolución de los autos al inferior para que se llevara a efecto la prueba y se dictase nueva resolución (art. 855). Contra la sentencia de segunda instancia procedía recurso de casación (art. 857).

²¹⁰ *La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872*, debida al impulso del ministro Montero Ríos, y a la inspiración de la Constitución nacida de la revolución de 1868, instauró por vez primera el juicio oral y público, la instancia única y el Jurado. Además se regulaba en ella de modo sistemático el sumario, y se perfeccionaba el recurso de casación en lo criminal, introduciendo el de revisión. Su fracaso fue debido principalmente a la falta de establecimiento de los Tribunales de Partido para el conocimiento de los delitos no atribuidos al Jurado. Su vigencia fue efímera, pues un Decreto de 3 de Enero de 1875 suspendió su observancia en cuanto al Jurado y al juicio oral y público, sometiendo estas causas a la legislación anterior, a la que por otra parte ya habían quedado sujetas las de competencia de los tribunales de partido, que nunca fueron puestos en funcionamiento (cfr. LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, Ministerio de Justicia, 1998. pág. 219). La suspensión de la LECrim. de 1872 produjo un estado de confusión legislativa, que fue causa de la Ley de 30 de diciembre de 1878, en la que se autorizaba al Gobierno en su art. 1º para, "previa consulta a la Comisión de Códigos publicar una compilación general articulada y metódica, en la que se refundan las disposiciones que rigen en la actualidad y se relacionan con el procedimiento criminal".

A lo largo del siglo XIX, distintos proyectos de reforma pretendieron instaurar la segunda instancia en el proceso penal, tanto en el caso de los delitos graves como en el de los menores, que comienzan por entonces a separarse de lo que hasta ese momento había sido el proceso penal común. Así, en las Cortes extraordinarias de 1821 –llamadas Cortes de Riego-, se presentó un primer proyecto de *Código de Procedimiento Criminal*, que en su primera parte incluía un procedimiento por delitos leves, con sumario instruido por el Alcalde, y en el que la decisión correspondía a un tribunal formado por él y por dos regidores u hombres buenos, y cuya sentencia era apelable ante el Juez del partido, que debía de formar el tribunal de apelación con cuatro regidores, cuya actuación era similar a la de un jurado de calificación como el que se pretendía instaurar respecto de los delitos graves, pues concluida la vista en apelación, en la que se admitía la prueba testifical, el juez había de exponer a los regidores las cuestiones que debían de resolver²¹¹.

El *Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1844*, que distinguía entre procedimiento por crímenes, delitos y por faltas, también preveía apelación en los tres casos, atribuyendo a los Jueces de partido el conocimiento de los delitos menos graves, con sentencia apelable ante los Tribunales de la primera instancia, los cuales a su vez conocían de los delitos graves o crímenes, correspondiendo sustanciar la apelación de estos juicios a las Audiencias Territoriales. Por último, los Jueces de partido conocían en apelación o en consulta de las sentencias dictadas por los Jueces pedáneos en juicios de faltas, y se introducía por primera vez la necesidad de motivar el recurso en la interposición, pero se prohibía la prueba en la segunda instancia. En esta estructura orgánica y procedimental insistía un nuevo *Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1853*²¹²

Por su parte, el *Proyecto de ley de bases de Enjuiciamiento Criminal de 1857*, así como La Ley de bases de organización de tribunales y de enjuiciamiento criminal de 11

²¹¹ Otros proyectos, como los de *Código Criminal de 1830*, y de 1834, aún siendo cuerpos legales de Derecho sustantivo, incluían un libro dedicado a la "administración de justicia" en lo criminal, regulando la segunda instancia en todos los procesos penales, tanto por delitos leves como graves, e incluso preveían una tercera instancia.

²¹² Puede consultarse lo relativo a estos Códigos de procedimiento criminal a los que hemos hecho referencia, en LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación ...*, op. cit., págs. 100 y ss.

de abril de 1868, contemplaba también la segunda instancia en todos los procesos penales en general, aunque es a partir de este momento cuando en los trabajos de la Comisión de Codificación empieza a prevalecer la tesis de la oralidad y única instancia en lo criminal, así como el convencimiento de que el establecimiento de un proceso penal sobre estas premisas depende de la creación e implantación simultánea de una nueva organización jurisdiccional. En este sentido, un nuevo *Proyecto de ley de bases de organización y enjuiciamiento criminal* (1863), ya pretendía implantar a la vez que la instancia única los tribunales colegiados para todo tipo de delitos, apareciendo los tribunales correccionales²¹³ para conocer de los menos graves, junto a los jueces de paz, de partido y las audiencias.

El resultado de la evolución legislativa desarrollada durante el siglo XIX, partiendo de la Constitución de Cádiz de 1.812, es la LECrim de 1.882, pasándose de un esquema inquisitivo al modelo acusatorio formal o mixto que se prevé en el Título V de la Constitución. Su antecedente inmediato es la Ley de Bases sancionada el 11 de febrero de 1881 y promulgada el 22 de junio de 1882, por la que se autoriza al Gobierno a redactar y publicar una LECrim que tome como referencia la Compilación General de 1879. Así, pues, la segunda LECrim. española, la vigente, redactada por Alonso Martínez, entonces Ministro de Gracia y Justicia, se promulga por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, con "reformas progresivas y radicales", según la propia Exposición de Motivos de la Ley. Compuesta de siete libros, cuya titulación es suficientemente expresiva de su contenido: el Libro I se dedica a disposiciones generales; el II se ocupa del sumario, y el III del juicio oral; el IV de los procedimientos especiales, entre ellos el "procedimiento abreviado para determinados delitos"; el V se ocupa de los recursos de casación y revisión; el VI del procedimiento del juicio de faltas, y el VII, de la ejecución de las sentencias.

La LECrim. supuso la instauración definitiva en nuestro sistema procesal del principio acusatorio, dividiendo el proceso en dos grandes fases, instrucción y juicio oral, y atribuyendo la competencia para su tramitación a órganos jurisdiccionales distintos;

²¹³ Tribunales correccionales que habían de estar compuestos por jueces de partidos limítrofes mientras no se pudiesen establecer con carácter permanente. Por otra parte, con la instauración de un juicio oral y público ante tres jueces la Comisión de Códigos pensaba mejorar las garantías que supone la segunda instancia. A este esquema respondía también la Ley orgánica provisional del Poder Judicial de 1870.

legítima no sólo al Ministerio Fiscal, sino a la acusación particular y la privada; reforzó el derecho de defensa en la fase de instrucción, vinculando su nacimiento con la imputación por el auto de procesamiento (antiguo art. 318.3), y permitiendo incluso la comunicación del detenido con su abogado (antiguo art. 520, *in fine*); y consagró el derecho de todo acusado a ser juzgado en un juicio oral y público (y a partir de 1888, a ser juzgado ante el Tribunal del Jurado para los delitos más graves), estableciendo el derecho del acusado a no ser condenado sin auténticas pruebas de cargo practicadas bajo los principios de contradicción y publicidad del juicio oral.

IV.- LA APELACIÓN DESPUÉS DE LA LECRIM

Las Leyes de 8 de junio de 1957, y de 30 de julio de 1959, pretendían atajar el aumento de la delincuencia de tráfico (circulación vial) con un procedimiento más sencillo y más rápido que el ordinario, para la instrucción, conocimiento y fallo de estos delitos y, en general, para todos aquéllos cuya pena no excediera de presidio o prisión mayores. De todas maneras, en ellas no se alteró el esquema básico de la ley procesal penal general ni siquiera en cuanto a los recursos, ya que contra la sentencia pronunciada por la Audiencia en única instancia no procedía más que el de casación (art. 803 LECrim., en la redacción dada por esta ley.).

En la misma línea se sigue con la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor²¹⁴, cuya vigencia no se produjo hasta el 1 de junio de 1965, y cuya parte penal y procesal sólo estuvo en vigor hasta que comenzó a regir la ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley que sancionaba en su título I, con antecedentes en la Ley Penal del Automóvil de 9 de Mayo de 1950, una serie de conductas delictivas en relación con la circulación de vehículos de motor aunque con un alcance mayor que

²¹⁴ Su justificación nos la ofrece el apartado II de su Exposición de Motivos: “*En el ordenamiento procesal penal, objeto del Título II, ha preocupado esencialmente la ejemplaridad y la rapidez, dando de lado a cuanto fuera obstáculo para la justa y eficaz represión y prevención del aparato aplicativo sin que con ello sufran merma alguna las garantías deparadas a la persona, sino que, por el contrario, tales garantías y seguridades se aumentan mediante el proceder contradictorio y abierto desde el primer momento de la tramitación judicial*”. Como veremos, la intención del legislador fracasó estrepitosamente.

aquella, sustrayendo del Código Penal por completo la materia relativa a los accidentes de circulación, y regulaba un procedimiento especial para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de ellas.

Este procedimiento penal, que fue ampliamente criticado²¹⁵, presentaba como característica esencial la división en dos fases, una primera en la que se sustituye el sumario por unas pretendidamente rápidas "diligencias preparatorias", que habían de tramitarse en cinco días, atribuidas al Juez de Instrucción, y regidas por el principio acusatorio en vez de por el inquisitivo, y otra de juicio oral, cuya preparación y celebración correspondía, en determinados casos leves, a un magistrado de la Audiencia Provincial actuando como órgano unipersonal. Se introduce así por primera vez un órgano de este último tipo para el enjuiciamiento de los delitos menores, tratando de conseguir una mayor celeridad en el procedimiento. A fin de garantizar procesalmente el juicio se crea un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra la sentencia pronunciada por el Magistrado de lo Penal .

El recurso de apelación contra la sentencia cuando era pronunciada por el Magistrado de lo Penal -lo que se producía cuando la petición de pena del Fiscal no era superior a arresto mayor, o cuando los daños habían sido tasados en cifra no superior a las quinientas mil pesetas-, aparecía escasamente regulado en el art. 33 de la ley. La competencia para su conocimiento era atribuida a la Sección de lo Penal, a la que puede pertenecer dicho magistrado, el cual en consecuencia no podía formar parte del tribunal colegiado en tal ocasión, lo que por otra parte no evitaba el recelo de los profesionales acerca de su imparcialidad. Según el precepto citado, cuando la apelación versaba sobre infracción de normas procesales o denegación de prueba que positivamente hubieran producido indefensión, el Tribunal dejaba sin efecto la sentencia y mandaba reponer las actuaciones al estado en que se cometió la infracción.

²¹⁵ Hasta el punto de que se reconoce su fracaso en la Exposición de Motivos de la ley 3/1967, en su apartado 5: *“Con la adopción de los remedios generales que han quedado expuestos, hallarán solución los problemas procesales que ha planteado la vigencia de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor”*

El plazo para la interposición era de cinco días siguientes a la notificación, y aunque no se precisaba ante quien, debía entenderse, por aplicación de las normas generales de la LECrim., que ante el Magistrado que había dictado la sentencia. Tampoco se especificaba si la admisión se producía en uno o en ambos efectos, aunque sí que no afectaba a la pensión provisional para atender las necesidades de la víctima y las personas que estuvieran a su cargo (art. 35), ni tampoco se aclaraba la amplitud del recurso, ni las facultades del órgano superior. La doctrina entendió que el recurso abría todas las facultades que tenía en primer grado el Magistrado de lo Penal, y que cuando la ley se refería a la posibilidad de recurrir en apelación por infracción de normas procesales o denegación de prueba lo que hacía es puntualizar o referirse a un aspecto concreto de las mismas, como es el de la necesidad de reenviar las actuaciones para corregir el defecto procesal.

Una vez más, muestra de la deficiente regulación, se tenía que acudir a las normas generales de la LECrim. para conocer el trámite que había que dar a este recurso de apelación, toda vez que nada se decía sobre él. Sí se establecía la restricción de la admisión de la prueba en segunda instancia (art. 33.11) al único supuesto de que no se hubiere podido practicar por causas no imputables a la parte, señalándose el corto plazo de diez días para su práctica. Por último, el art. 33.III señalaba que contra las sentencias dictadas en segunda instancia no procedía recurso alguno, con lo que se trataba de excluir la casación.

Derogada la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, por la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluidas en el Código Penal las conductas a que hacía referencia y según se recogía en el apartado 5 de la Exposición de Motivos, al legislador le pareció *“conveniente insertar el procedimiento especial para las infracciones derivadas del uso de vehículos dentro del cuadro de procesos que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, lo que supuso la introducción en el título III de su libro IV de los denominados "procedimientos de urgencia". Ahora bien, y como seguía diciendo la Exposición de Motivos, *“teniendo en cuenta, sin embargo, que para un gran número de los delitos previstos en el Código Penal, en general todos los castigados con pena de arresto mayor o multa hasta cincuenta mil pesetas, el tratamiento procesal actual es*

desproporcionado, ya que su compleja y dilatada tramitación está en desarmonía con la entidad penal del hecho a enjuiciar, y no sólo no sirve, sino que en algunos casos entorpece el logro de los fines de la Justicia penal. Por otra parte, no parece necesario, ni aun conveniente, que estas infracciones leves a que nos referimos tengan acceso al Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Pero esta problemática es común a todos los tipos de delitos menores y no específica de los delitos producidos por vehículos de motor, y por ello el tratamiento procesal debe venir determinado, en general, más por la cuantía de la pena que por la especialidad del delito". En consecuencia, en aras de conseguir rapidez en el enjuiciamiento de dichas infracciones, se atribuyó la instrucción y el fallo a los Jueces de Instrucción²¹⁶.

Por otra parte, y como no parecía *"ni necesario ni conveniente que estas infracciones leves tengan acceso al Tribunal Supremo a través del recurso de casación"* (mismo apartado 5 de la EM), se instauró un sistema de doble instancia, rompiendo con la tradición de instancia única de la LECrim. Sin duda se trata del antecedente más directo, y de regulación más completa, del actual recurso de apelación que abre la segunda instancia limitada del proceso penal abreviado, y al que haremos amplia referencia más adelante.

Esta innovación fue ampliamente criticada, y lo sigue siendo hasta nuestros días, crítica que se basaba en la más que difícil coherencia del sistema de doble instancia con los principios de inmediación y de oralidad que rigen la práctica de la prueba en la primera instancia²¹⁷.

²¹⁶ Primera aparición de la figura del *"juez prevenido"*. El TC en su Sentencia número 145/1988, de 12 de julio («B.O.E.» del 8 de agosto), acogiendo la doctrina del TEDH expuesta en la sentencia del caso DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, resuelve en Pleno la inconstitucionalidad del artículo 2, II de la LO 10/1980, porque infringía el principio «el Juez que instruye no debe juzgar», o del «Juez no prevenido», como también se le conoce, ya que en ese proceso el Juez no podía ser imparcial, violándose, por tanto, el derecho constitucional a un proceso con las debidas garantías, consagrado en el artículo 24.2 de la CE.

²¹⁷ Así, PASTOR LOPEZ, M.: «La reforma procesal penal de la Ley de 8 de Abril de 1967», en RDP, 1967-IV, pág. 170, para quien, si se acepta que la valoración de la prueba corresponde al órgano judicial que la ha presenciado, el resultando de hechos probados de la sentencia de primera instancia refleja la resolución definitiva de la cuestión de hecho. Ello es incompatible con el contenido de un auténtico recurso de apelación, el cual se verá también obstaculizado por la vigencia del principio de oralidad, ya que la antigua acta sucinta que reflejaba de modo imperfecto el desarrollo del juicio oral no proporciona al Juez de apelación elementos de juicio suficientes para reformar las conclusiones sobre los hechos. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, M.: "La Ley 3/67 y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal",

Las más importantes características de este recurso del derogado art. 792 LECrim. eran las siguientes:

a. Ya en la Ley 3/67 existía una ambigüedad que hizo que pudiera atribuirse *naturaleza* híbrida de impugnación y medio de gravamen a este recurso²¹⁸, porque por un lado se exigía (art. 792.1º) la expresión sucinta de los fundamentos de la impugnación, con lo cual sólo era posible la apelación mediante la denuncia de infracciones de normas jurídicas materiales o procesales, no bastando la mera alegación del gravamen o la búsqueda de un nuevo conocimiento de la causa, sino la anulación de la sentencia impugnada, y por otro lado, el tratamiento dado a la prueba en segunda instancia situaba ante un recurso que tiene también caracteres de medio de gravamen.

Desde otro punto de vista, se ponía de manifiesto que se trataba de un verdadero recurso de apelación, en tanto permitía un nuevo y total examen de los puntos litigiosos, y una rectificación de los hechos probados en la primera instancia, quedando desvirtuados los principios de oralidad e inmediación, al permitir el art. 792.7ª confirmar, revocar o anular la sentencia sin limitación alguna²¹⁹.

Información Jurídica, nº 304, Ene-Mar 1970, pág. 21, para quien además la apelación dilata en exceso el trámite, y también, IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969. págs. 404 y ss., todos ellos citados por VARELA GÓMEZ, B.J.: «La segunda instancia ...», *op. cit.* pág. 262. Vid. también CALDERÓN CUADRADO, M. P.: «Sobre la exigencia de inmediación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su compatibilidad con los recursos ordinarios», en *Revista de Derecho*, núm. 1, 2002.

²¹⁸ Así CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.M.: *Derecho Procesal, Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. reimpr. 1995, pág. 191.

²¹⁹ PASTOR LOPEZ, M.: «La reforma procesal...», *op. cit.*, pág. 171. Y en el mismo sentido, LORCA GARCIA, J.: «Examen del recurso de apelación establecido en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en el procedimiento por delitos cuyo fallo les compete», en *Información Jurídica*, nº 310, Jul -Sept. 1971. págs. 117 y ss. Sin embargo, para CASTRO GARCIA, J.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la ley 3/1967, de 8 de abril en la práctica», en *Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1970, pág. 22, seguirá presentándose la grave duda de si en rigurosa legalidad le está permitido contradecir la afirmación de hechos probados establecida en primera instancia, si no se vale de otros medios de convicción distintos. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales lo entendió en sentido negativo, de conformidad con la Exposición de Motivos de la propia ley.

b. La *interposición* se llevaba ante el mismo Juez de Instrucción que había dictado la resolución combatida, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir de la última notificación de la sentencia a los que hubieren sido parte en el juicio (arts. 792.1ª, y 212 de LECrim.); escrito de interposición que habría de hacerse expresando sucintamente los *fundamentos* de la impugnación. Dicha exigencia, novedad respecto a lo regulado entonces para la apelación civil y la del juicio de faltas, fue interpretada como una exigencia natural que tiende a favorecer la contradicción, al hacer saber a las demás partes el dispositivo impugnatorio en un supuesto en el que por no haber previo recurso de reforma ello se hace más necesario. Además, como a continuación la misma regla primera del art. 792 disponía que si en el recurso se pidiere la nulidad del juicio por infracción de normas procesales habrían de expresarse las que se consideren infringidas y las razones de la indefensión, ello dio ocasión a algún autor como BARRIO IGLESIAS²²⁰, para distinguir dos clases de apelación, una por el fondo y otra por quebrantamiento de forma, por analogía con lo dispuesto para el recurso de casación.

En el mismo escrito de interposición se pedía, en su caso, la práctica de prueba en segunda instancia, proponiendo los medios que se estimen pertinentes. La posibilidad de proponer prueba era muy amplia: afectaba a aquéllos medios que no pudieron proponerse en primera instancia, a los que su práctica fue indebidamente denegada, y a los que habiéndose admitido no pudieron practicarse por causas ajenas al recurrente. En cualquiera de los tres supuestos era necesario razonar por qué la falta de aquéllas diligencias de prueba había producido indefensión al recurrente (art. 792.2ª).

c. Una vez interpuesto el recurso en tiempo y forma, el Juez de Instrucción acordaba su *admisión*, comunicándoselo a las demás partes mediante traslado del recurso con entrega de copia, y *emplazándolas* junto con el recurrente para que comparecieran ante la Audiencia en el plazo de cinco días, con remisión de los autos originales. Por imperativo legal, la admisión había de hacerse *en ambos efectos*, devolutivo y suspensivo de la ejecución. No podía en consecuencia aplicarse el art. 861 bis b), que posibilitaba para el recurso de casación la ejecución parcial de la sentencia respecto de las partes que

²²⁰ BARRIO IGLESIAS, J., «El recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Instrucción en el procedimiento de urgencia», en *RDP*, 1973, nº 2 y 3, pág. 388.

no hubieran recurrido. No obstante, podía llevarse a cabo la ejecución en cuanto a la libertad del preso absuelto (a la que se refiere el art. 861 bis a), a pesar de que el art. 983 contemplaba como excepción a lo anterior el aplazamiento de la excarcelación en los supuestos de absolución en primera instancia cuando el recurso produce, como en este caso, efectos suspensivos. En definitiva, para resolver esta aparente contradicción, había de estarse a las normas sobre prisión provisional en orden a la determinación de la excarcelación.

d. Ante la Audiencia la *personación* se hacía por escrito y dentro del mencionado plazo de cinco días. La falta de personación por el apelante, conforme a las normas generales, producía la declaración de oficio de tenerse por desierto el recurso, aunque expresamente no lo indicaba el art. 792. Tenía por tanto, los efectos propios del desistimiento tácito (del art. 228 LECrim.). Tampoco se regulaba el desistimiento expreso, pudiendo aplicarse por analogía lo dispuesto para la casación por el art. 861 bis e), que exigía ratificación del interesado o poder suficiente del Procurador.

e. Una vez personado el apelante, se ponían de manifiesto los autos para *instrucción* al Ministerio Fiscal y a las partes comparecidas, para que pudieran alegar por escrito lo que a su derecho conviniera (art. 792.3º), en la misma forma que el escrito de interposición. Se trataba de la posibilidad de alegar y de proponer prueba²²¹, que estaba reservada exclusivamente a la parte recurrida o adherida a la apelación, pues el apelante ya tuvo ocasión de hacerlo en el escrito de interposición.

f. Las partes no recurrentes podían adherirse a la apelación al formular las alegaciones, deduciendo las oportunas pretensiones (art. 792.4ª). Se introdujo aquí el instituto de la adhesión al recurso, que hasta entonces había estado reservado en el proceso penal exclusivamente para la casación, y al que se refieren los arts. 861, 873, 882, 892, y 893 LECrim. Para la casación, el Tribunal Supremo la venía admitiendo en el exclusivo

²²¹ El artículo 792 establecía: “Cuarta. Las partes que no hayan recurrido podrán adherirse a la apelación al formular las alegaciones, deduciendo las oportunas pretensiones. Quinta. La Audiencia, en el plazo de tres días, resolverá sobre las proposiciones de prueba que puedan haberse formulado admitiendo las que procedan y acordando libremente de oficio las que tenga por conveniente, sin que contra este acuerdo quepa recurso alguno”.

sentido gramatical, de cooperar, unirse o ayudar al recurso. Tratándose del nuevo recurso de apelación contra sentencias, algunas Audiencias²²², se inclinaron por dicha postura, mientras que otras, aunque de forma muy minoritaria, se inclinaron por la contraria con base en la diferente naturaleza de la apelación, que no es un recurso extraordinario, de limitado conocimiento y motivación²²³.

Los requisitos de la adhesión eran en todo análogos a los de la interposición del recurso, incluso con la posibilidad de proponer pruebas por el adherido, pues el término “pretensiones” empleado abarcaba la posibilidad. Pero planteaba el problema de que no había previsto un trámite para que el recurrente inicial pudiera alegar a la apelación adhesiva, debiendo esperarse hasta el momento de la preceptiva celebración de vista al que luego hacemos referencia²²⁴.

g. La Audiencia tenía el plazo de tres días para admitir las *pruebas* que estimare pertinentes de aquéllas que hubieren propuesto las partes, y acordar libremente de oficio las que tuviere por conveniente, todo ello sin ulterior recurso (art. 792.5ª), y para cuya práctica se abría un período de diez días, recordándose la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, pues se habían de realizar ante el tribunal, con citación del Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, y en audiencia pública. Como excepción se permitía la *delegación* potestativa de las pruebas de peritos y testigos que residieran fuera de la sede del Tribunal, que recaía en la Autoridad judicial que correspondía, en cuyo caso el plazo de práctica se ampliaba a quince días (art. 792.5ª.II y III).

La innovación más llamativa era, sin duda, la de permitir la práctica de prueba de oficio por el tribunal de apelación. En el procedimiento ordinario el art. 728 LECrim.

²²² SSAP-Huesca. de 8 de Octubre y 8 de Noviembre de 1969, y de Málaga, 7 de noviembre de 1969, Valencia, 26 de septiembre de 1969, y Sevilla, 1 de junio de 1970.

²²³ SAP-Burgos, 21 de enero de 1970

²²⁴ Como veremos más adelante, esta situación de imposibilidad del recurrente inicial de alegar al recurso adhesivo se ha mantenido, provocando un amplio cuerpo de doctrina constitucional e incidiendo en la consideración de la adhesión, hasta el cambio producido en 2015.

contenía la regla general según la cual no podían practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, si bien a continuación se contenían varias excepciones, como la relativa a los careos que podía ordenar el Presidente, y, sobre todo, la más amplia del art. 729.2, que se refería en general a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el tribunal considerase necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hubieran sido objeto de los escritos de calificación. En el procedimiento de urgencia en primera instancia, el art. 799.3, después derogado, concedía también amplias facultades para aportación de pruebas de oficio, además de que regía el art. 729 de modo supletorio, teniendo por tanto los Jueces de Instrucción cuando juzgaban delitos menores las mismas facultades que las Audiencias, que además se transferían a éstas por la plenitud del recurso cuando resolvían las apelaciones.

En cualquier caso, estas facultades debían entenderse limitadas, por un lado, por la garantía que supone el derecho de defensa y la vigencia de la regla de la necesaria correlación entre acusación y sentencia y, por otro, por la prohibición de la *reformatio in peius*. El órgano de apelación debía fallar sobre el mismo objeto procesal conocido por el tribunal de instancia, de modo que cualquier prueba que se practicara debía de incidir sola y exclusivamente sobre los hechos acusados y juzgados ante el Juez de Instrucción y a los que se extendiera la impugnación. De lo contrario, no sólo se vulnerarían las citadas exigencias, sino que nos encontraríamos con la paradoja de que la apelación funcionaría como una primera instancia.

h. Practicadas las pruebas, o transcurrido el plazo de instrucción sin proponerlas, se señalaba día para la *vista* dentro de los cinco días siguientes, en cuyo acto el recurrente, el Fiscal y las demás partes personadas informaban en apoyo de sus pretensiones (art. 792.6ª). La vista era por lo tanto, de celebración siempre obligatoria, prescindiendo de si se había propuesto o no prueba o de si el recurso se basaba exclusivamente en cuestiones jurídicas, siendo el momento en que el apelante inicial podría alegar lo que tuviera por conveniente con respecto de la apelación adhesiva.

i. La sentencia debía de dictarse dentro de los cinco días siguientes al de conclusión de la vista, confirmando anulando o revocando la de primera instancia. Contra

ella no cabía más recurso que el de revisión en los casos en que procedía. Si la sentencia decretaba la nulidad por infracción de normas procesales, mandaba reponer las actuaciones al estado que tuvieran cuando se cometió la infracción.

Por último, nada se decía sobre las costas en la regulación de la ley 3/1967.

Una vez más la necesidad de incrementar la eficacia y la rapidez de la justicia penal frente al aumento de un tipo de criminalidad determinada, como la de los delitos no graves contra la propiedad, junto con el fracaso de la reforma de 1967 por la desmesurada extensión que en la práctica adquirió la instrucción previa en dicho procedimiento, determinó la promulgación de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, por la que se introdujo un nuevo procedimiento intermedio entre el del juicio de faltas y el ordinario de la LECrim., para el enjuiciamiento de los delitos menores²²⁵.

El art. 11 de esta ley contemplaba también un recurso de apelación que abría la segunda instancia contra la sentencia dictada por el Juez de Instrucción²²⁶. De acuerdo con el apartado primero de dicho precepto, este recurso de apelación se regía por las reglas del art. 792 de la LECrim, para el procedimiento de urgencia. Se establecieron sin embargo algunas especialidades:

²²⁵ En el intervalo entre la reforma de 1967 y la de la ley orgánica 10/1980, la *Ley de 28 de noviembre de 1974, de Bases, Orgánica de la Justicia*, preveía también un procedimiento intermedio entre el de faltas y el ordinario por delitos graves, ya que su base octava incluía entre las competencias de las Audiencias Provinciales la de conocer de los recursos de apelación contra las sentencias pronunciadas por los Jueces de Partido en los procesos por delitos menos graves.

²²⁶ El artículo 11 era del siguiente tenor: “*Uno. Contra la sentencia sólo procederá el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, el cual habrá de interponerse mediante escrito, en el que se expresen brevemente los fundamentos de la impugnación, dentro de los cinco días siguientes a la notificación escrita de aquélla, también por escrito, salvo en el supuesto de la primera parte del número siete del artículo anterior. Este recurso se regirá por las reglas del artículo setecientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien tendrá carácter preferente, debiéndose señalar la vista dentro de los quince días siguientes a la personación del apelante. Dos. Si la pena impuesta fuera de privación de libertad el Juez podrá mantener o acordar, cuando proceda, la prisión provisional del condenado mientras el recurso se tramita. Tres. Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución en la forma establecida en el artículo ochocientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

a. La interposición se llevaba a cabo en el plazo de cinco días desde la notificación escrita de la sentencia, mediante un escrito en el que se expresaban *brevemente* los fundamentos de la impugnación, salvo que las partes hubieran manifestado en el acto del juicio su decisión de no recurrir, en cuyo caso la sentencia devenía firme (art. 10.7ª).

b. De nuevo se establecía el *carácter preferente* de estos recursos, debiéndose señalar la vista dentro de los quince días siguientes a la personación del apelante.

c. De lo dispuesto en el art. 11.Tercero se deducía que el recurso producía *efectos suspensivos*, pues se subordinaba en él la ejecución a la firmeza de la sentencia. Expresamente en el artículo 11.2 sólo se refería a la incidencia del recurso y de la sentencia de primera instancia en las medidas cautelares personales anteriormente acordadas. En tal sentido, se establecía que "*si la pena impuesta fuera de privación de libertad, el Juez podrá mantener o acordar, cuando proceda, la prisión provisional del condenado mientras el recurso se tramita*", lo que debía interpretarse como una remisión a los presupuestos y límites temporales a que se referían los arts. 503 y 504 LECrim., pues las medidas cautelares funcionaban de modo autónomo y en virtud de sus propios presupuestos, sin que su levantamiento significara ejecución de la sentencia.

d. Por último, y como auténtica novedad, en el art. 10.8ª se introducía por primera vez la posibilidad de que el *acta del juicio* pudiera ser complementada por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita, de cuya autenticidad pudiera dar fe el Secretario.

Así pues, esta política legislativa de aceleración del procedimiento penal por la vía de crear nuevos procedimientos ordinarios, agravó la ruptura del sistema inaugurada con la ley de 1967, puesto que en esta de 1980, no se respetaba la separación orgánica ni la funcional, permitiendo a los jueces de instrucción el enjuiciamiento de estos procedimientos penales, castigados con penas de seis meses de privación de libertad hasta seis años, con manifiesta contradicción del derecho constitucional al juez imparcial reconocido en el art. 24 de la Constitución de 1.978, vigente.

V.- A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978

Obvio resulta que la promulgación como consecuencia del cambio político de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, repercutió en todo el ordenamiento jurídico, y especialmente en el derecho penal sustantivo²²⁷ y procesal. Así, a partir de la

²²⁷ El Código Penal español, vigente hasta 1995, heredero, con múltiples y profundas modificaciones del CP de 1870 -a veces en forma de textos refundidos, cuya última expresión fue el Código de 1971-, experimentó numerosas reformas parciales como consecuencia de la Constitución de 1978, siendo la de mayor trascendencia la llamada "Reforma urgente y parcial del Código Penal", efectuada por la LO 8/1983, que introduce cambios sustanciales en la parte general y modificaciones de adaptación resultantes de nuevos criterios de política criminal en la parte especial. En 1989 se reformó nuevamente el CP en la misma línea, por lo que se refiere a redefiniciones tipológicas y cambios punitivos (LO 3/1989 de actualización del CP). En 1995, en virtud de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se promulga en España un nuevo código penal acorde con los nuevos valores y principios constitucionales. Sin embargo, esta LO ha sido objeto ya de más de 17 modificaciones. En concreto, las modificaciones han sido las siguientes: En 1998, por leyes orgánicas 2/1988 del 15 de junio, por las que se modificaron el CP y la LECrim., para incorporar previsiones contra la denominada delincuencia terrorista de "baja intensidad", y 7/1988, de 6 de octubre, por la que se suprimieron las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria, y se rebajaron las penas de inhabilitación para dichos supuestos. En 1999 se modificó otras dos veces, mediante leyes orgánicas 11/1999 del 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código, y 14/1999, de 19 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de reforma de la LECrim. En 2000 se cambió cinco veces, a través de las Leyes Orgánicas 2/2000 del 7 de enero, en materia de prohibición y desarrollo de armas químicas; 3/2000 de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales Internacionales; 4/2000 del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del CP y de la LO Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo; y 8/2000 del 22 de diciembre, de reforma de la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. En 2002 se modificó dos veces por leyes orgánicas 3/2002 del 22 de mayo, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, y 9/2002 del 10 de diciembre, modificadora de los códigos Penal y Civil, en materia de sustracción de menores. En 2003, se ha cambiado seis veces más, mediante las leyes orgánicas 1/2003 del 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales; 7/2003 del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003 de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995 del CP; así como la LO 20/2003 de 23 de diciembre dirigida a castigar la convocatoria ilegal de un referéndum y la financiación de los partidos políticos disueltos. En 2004 se modifica por la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; RD 1774/2004, por el que se aprueba el reglamento de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; en 2005 por LO 2 y 4/2005, de 22 de junio y 10 de octubre, respectivamente, de modificación del CP. En 2006 por la LO 7/2006, de 22 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. En 2007, por LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; y por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, de medidas del CP en materia de seguridad vial. En el 2010 se modifica dos veces: LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, por la que se elimina el sistema de supuestos para despenalizar el aborto e introduce un sistema de plazos; y la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica gran parte del articulado constituyendo la reforma más importante de nuestra ley penal desde 1995. En 2011 se vuelve a modificar, por LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, por la que se establece la prescripción en un año de los delitos de injuria y calumnia. En 2015, por fin, se modifica: por LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que desaparecen las faltas derivando en delitos leves, así como hechos punibles civilmente y/o administrativamente; por LO 2/2015, de 30 de

Constitución, tanto el poder legislativo como el Tribunal Constitucional²²⁸, iniciaron una tendencia a armonizar las garantías jurisdiccionales recogidas en el art. 24 de la CE²²⁹ con la legislación procesal penal, fortaleciendo, al menos en apariencia, el derecho de defensa dentro de la fase de instrucción, a consolidar el sistema acusatorio, y en especial, el derecho del acusado a no ser condenado sino por razón de las pruebas de cargo practicadas en el plenario o juicio oral.

Por parte del poder legislativo se han llevado a cabo multitud de reformas, de entre las que cabe destacar la llevada a cabo por la Ley de 4 de diciembre de 1978, que introdujo la defensa formal desde el momento de la detención redactando íntegramente el art. 118, y la LO 14/1983, de 12 de diciembre dando nuevo contenido al art. 520 de la LECrim. y la LO 10/1984 de 26 de diciembre. Con todas las reformas más importantes de este periodo constitucional, se llevaron a cabo por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, complementada por la LO 39/1988, de 28 de diciembre, por la que se crea el procedimiento abreviado y el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y se vuelve a la separación entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral con órganos distintos²³⁰. Se

marzo, por la que se modifican los delitos de terrorismo; y LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

²²⁸ El Tribunal Constitucional se crea en España en virtud de la LO 2/1979, de 3 de octubre (BOE 5-10-1979). Posteriormente, la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio (BOE. 8-6-1985), derogó en su totalidad el art. 79 de la LOTC, quedando, en consecuencia, suprimido el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y leyes orgánicas. Por último, también se modificó por la LO 6/1988 de 9 de junio (BOE, N° 140, de 11-6-1988), en los arts. 50 y 86.1. La labor del mal llamado Tribunal dentro del sistema jurídico español es esencial como máximo intérprete de la Constitución, siendo su primera sentencia de 1981. Su prestigio ha sido vacilante durante estas casi cuatro décadas, siendo cada vez más decreciente por las sospechas de politización y parcialidad, cada vez más parecido al Tribunal de Garantías de la II República.

²²⁹ El art. 24 del Texto Constitucional consagra las llamadas *garantías jurisdiccionales*, haz de derechos fundamentales como el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en su apartado primero; y los derechos de defensa y asistencia de letrado en el proceso, a ser informado de la acusación, al proceso público con todas las garantías, el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia, en su apartado segundo.

²³⁰ Consecuencia de la STC 145/1988, de 12 de junio, con respecto a la Ley 7/1988 nos dice MUERZA ESPARZA, en la obra colectiva con DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Derecho Procesal Penal*, CEURA, Madrid, 1997, pags.641 y ss.: “Una de las finalidades de la LO 7/1988 fue la de unificar la amalgama de procedimientos existentes en el orden jurisdiccional penal, ya que en la regulación procesal inmediatamente anterior a su entrada en vigor se podían distinguir hasta cuatro procedimientos ordinarios por delitos: un procedimiento de urgencia competencia exclusiva de los Juzgados de Instrucción; un procedimiento oral para el enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, competencia también de los Juzgados de Instrucción; un procedimiento de urgencia cuya instrucción competía a los

caracteriza el procedimiento abreviado²³¹ por ser alternativo al más formalista y dilatado procedimiento ordinario a cuyos trámites hay que acudir por remisión expresa del art. 758 LECrim., asignándole el nombre de diligencias previas a las actuaciones llevadas a cabo en la fase de instrucción (art. 774 LECrim.), y limitado para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos para los que la pena en abstracto prevista en el CP no exceda de nueve años de prisión (“o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su duración”). Conforme al principio que la inspira del “juez no prevenido”²³², la competencia para la instrucción corresponde a los Juzgados de Instrucción, o en su caso al Juzgado Central de Instrucción cuando se trate de los delitos previstos en el art. 65 de la LOPJ, y el enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal, o en su caso al Juzgado Central de Instrucción, cuando la acusación se formule por delito que tenga prevista en el CP una pena en abstracto superior a 5 años de prisión, en cuyo caso la competencia para el enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial, o en su caso a la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial. Exclusión hecha,

Juzgados de Instrucción y el enjuiciamiento y fallo a la Audiencia Provincial y, finalmente, el proceso común por delitos instaurado por la LECrim.”

²³¹ Sobre el procedimiento abreviado en su redacción originaria, puede consultarse MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.: *El nuevo proceso penal*. Valencia, 1989; DE LA OLIVA SANTOS, A.; VEGAS TORRES, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley 39/1988 y la Ley Orgánica 1/1988. Demarcación y planta. Juzgados de lo Penal y proceso penal abreviado*. Madrid, 1989; PORTERO GARCÍA, L.; MARCHENA GÓMEZ, M.: *Comentarios a la reforma procesal penal de la L. O. 7/1988 (procedimiento abreviado)*, Bilbao, 1989. GARCÍA ZARANDIETA, S.: *Estudio sistemático del procedimiento abreviado por delitos menos graves, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, Huelva, 1989; MARTÍN OSTOS, J.: «La posición del Imputado en el nuevo proceso penal abreviado», en *Justicia*. 1989, IV. págs. 813-845; GÓMEZ COLOMER, J.L.: «¿Hacia un futuro proceso penal español? (Notas al hilo de la Ley Orgánica 7/1988)», en *BIMJ*. N° 1543, 1989, págs. 4319-4331; MARTÍN Y MARTÍN, J.A.: «La nueva reforma del Título III del Libro IV de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal hecha por la Ley 7/1988, del 28 de diciembre: el denominado procedimiento abreviado para determinados delitos», en *Revista del Foro Canario*, N° 76, 1989, págs. 9-20; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; CONDE-POMPIDOU TOURÓN, C.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.; PÉREZ MARIÑO, J.E.; VARELA CASTRO, L.: *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990; GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI, F.: «La reforma del proceso penal español y el reciente movimiento codificador», en *Justicia*, 1990, N° 1, págs. 281-299; MUÑOZ ROJAS, T.: «Una síntesis del proceso penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988)», en *A. P.*. 1990, N° 2. págs. 2139-2145, 2179-2183 y 2231-2238; RAMOS MÉNDEZ, F.: «Problemas planteados ...», *op. cit.*, págs. 7-16; RIVES SEVA, J.M.: «El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre», en *Poder Judicial*, N° 19. 1990, págs. 45-67; entre otras muchas.

²³² Principio reinstaurado de nuevo para los procesos por delito a partir de la STC 145/1988, de 12 de julio, por la que se declaró nulo el art. 2.II de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, sentencia que consideró que la imparcialidad del juzgador es una de las garantías que deben observarse en el procedimiento penal conforme a lo dispuesto en el art. 24 CE. Tiene su origen esta sentencia en las dos cuestiones de inconstitucionalidad promovidas los días 16 y 22 de octubre de 1.987 por dos Juzgados de Instrucción (uno en Palma de Mallorca y otro en Madrid) (Cfr. MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal ... op. cit.* Págs. 641, 642 y 645).

claro está, de aquéllos delitos que hayan de tramitarse conforme a la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado –modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a la que luego aludiremos-. Además de por las reglas de celeridad, audiencia e igualdad, y oralidad (concentración e inmediación), se rige por el principio de la llamada doble instancia, de manera que “frente al proceso de instancia única instaurado en la LECrim de 1882 (el proceso ordinario), según el cual, existe una fase de instrucción ante el Juzgado de Instrucción; una fase de juicio oral ante la Audiencia Provincial y contra la sentencia de ésta, recurso de casación ante la Sala 2ª del TS y, en su caso, el de revisión, en el procedimiento abreviado se introduce la doble instancia”²³³, frente a las sentencias de los Juzgados de lo Penal únicamente cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, abriéndose así la segunda instancia²³⁴.

Importante fue también la modificación llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, por la que se introduce dentro del procedimiento abreviado la modalidad del juicio rápido –o abreviadísimo-, antecedente inmediato del introducido por la Ley 38/2002, de reforma parcial de la LECrim. sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Ley 10/1992, que modificó la mal llamada “fase intermedia” del procedimiento abreviado, es decir la relativa al traslado de las actuaciones (diligencias previas) para formular conclusiones provisionales de acusación (o en su caso, solicitar el sobreseimiento, o excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias), y acordar la apertura del juicio oral; y que introdujo, como

²³³ Cifr. MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal ...*, op. cit. Pág. 645.

²³⁴ En la obra colectiva DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs.599 y ss. nos dice HINOJOSA SEGOVIA que “La inexistencia, en la original redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de segunda instancia respondía a razones muy diversas tales como, las dificultades de reproducción de un proceso eminentemente oral, la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias y el TS o la dilación en la resolución del proceso. La segunda instancia se ha ido generalizando en nuestro ordenamiento a partir del establecimiento de procesos en los que la instrucción, conocimiento y fallo se encomendaron al mismo órgano jurisdiccional, quizás con la intención de «compensar», de alguna manera, la unificación de funciones”. Como quiera que el TC reconoció el derecho al doble pronunciamiento en el proceso penal, se cuestionó la constitucionalidad de los procesos de única instancia en los que sólo se admite el recurso de casación contra la sentencia definitiva. No obstante dicho reconocimiento, y dada la línea vacilante cuando no contradictoria del TC, en otras de sus sentencias ha declarado la suficiencia del recurso de casación en los procesos de instancia única, porque considera que es ajustado a lo establecido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto que no obliga sino a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior.

decíamos, un sistema de enjuiciamiento rápido de hechos delictivos que podía abarcar delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta *prisión mayor*, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien fueran únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que fuera su cuantía o duración (como vemos casi idéntico ámbito que el del procedimiento abreviado). La legitimación exclusiva del Ministerio Fiscal, con preterición del resto de las partes, cuya petición únicamente podía articularse una vez notificada la resolución del juez que declaraba concluidas las diligencias previas y confería traslado inmediato de las mismas a las partes acusadoras por estimar que existían elementos suficientes para formular la acusación, traslado que podía efectuarse incluso en el propio servicio de guardia cuando se trataba de flagrancia o evidencia de los hechos, la alarma social, la detención del imputado y su puesta a disposición de la autoridad judicial, motivó innumerables críticas²³⁵.

Lo cierto es que la reforma fue más voluntariosa que efectiva, por su escaso desarrollo normativo y la falta de dotación de medios para su aplicación²³⁶. Falta de aplicación que motivó su reforma por la LO 2/1988, de 15 de junio, por la que modificando el art. 790.1.II y III, estableció la obligatoriedad de la presentación inmediata del escrito de acusación cuando el instructor optaba por este procedimiento. Junto a este

²³⁵ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M.: «Aproximación crítica al procedimiento penal directísimo (Anteproyecto de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)», en *Actualidad Penal*, 1992, N° 1, págs. 12-20. GIMENO SENDRA, V.: «Nota urgente a la reforma procesal penal “urgente”», en *Justicia*, 1992, N° II, págs. 263-267. SÁNCHEZ PURIFICACIÓN, J.M.: «Juicios rápidos: dos años después». En *Actualidad Penal*. N° 33, 1994, págs. 620 y ss. MACÍA GÓMEZ, R., «Los juicios rápidos en la reforma del procedimiento abreviado», en *Cuestiones de derecho procesal penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 347 y ss. BASSOLS MUNTANA, N. «Dos años de juicios rápidos», en *La Ley*, 1995, N° 3, págs. 797-804. BOTE SAAVEDRA, J. F., «El proceso penal abreviado rápido: su aplicación conforme a la constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *La Ley*, N° 3768, 28 de abril de 1995. CABAÑAS GARCÍA, J. C.: «Los llamados Juicios rápidos: Problemática y consideraciones críticas», en *Actualidad Penal*, N° 24. 1995, págs. 355-384. CABRERA MERCADO, R.: «Alcance de las modificaciones introducidas en el procedimiento abreviado por la Ley 10/1992: Los juicios rápidos», en *RVDPA*, 1995, N° 1, págs. 51-76. VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: «El proceso penal ...» *ob. cit.*, págs. 51-68. FLORES PÉREZ A.: «Los juicios rápidos. Análisis crítico y reformas procesales», en *R.M.F.*, N° 6, 1999, págs. 35-46.

²³⁶ Siguiendo a MAGRO SERVET, V.: «El pacto de Estado de la justicia y la apuesta por los 52 juicios rápidos», en *La Ley*, N° 5494, 4103/2002, p. 2., la aplicación de los juicios rápidos introducidos por la Ley 10/1992, no fue todo lo fructífera que se esperó en su inicio. Hasta el momento de la reforma por Ley 38/2002, es decir, tras diez años de vigencia, sólo en tres ciudades españolas (Barcelona, Sevilla y Madrid), y más recientemente en Valencia y Alicante, se aplicó con regularidad, y apenas de forma marginal en otras veinticinco sedes judiciales. Esto es, en el 32% del total de ubicaciones territoriales de Juzgados de lo Penal, que, hoy por hoy, tienen implantación en ochenta y cuatro ciudades, dándose la circunstancia de que, incluso en cuatro Comunidades Autónomas (Aragón, Cantabria, Navarra y La Rioja), no tuvo lugar la aplicación del tipo procesal que nos ocupa, en ningún momento.

antecedente inmediato, la legislación hoy derogada por la Ley 38/2002, también contemplaba el supuesto de enjuiciamiento inmediato por conformidad con los hechos (supuesto del modificado art. 789.5 regla 5ª), que en la nueva regulación sirve de supuesto de hecho de la incoación de las diligencias urgentes, conforme a la actual redacción del art. 779.1.5ª de la LECrim.

La última reforma del siglo XX en la LECrim. es la representada por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que vino a dar cumplimiento, dieciséis años después, a la previsión contenida en el artículo 125 de la CE²³⁷. La tardanza en su introducción no evitó los graves defectos de los que adolecía, por lo que fue reformada tan sólo seis meses después, por la LO 8/1995 de 16 de noviembre²³⁸. Eso sí, y como

²³⁷ El art. 125 CE dispone que dice que "*los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la Institución del Jurado. en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine*". Siguiendo a GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal, op. cit .*, pág. 44 y a TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Derecho procesal penal, op. cit .*, págs. 844-845, la institución del jurado en España ha sufrido grandes avatares. Previsto en la Constitución de Bayona (art. 106.2ª) y en la de Cádiz (art.307), entró en vigor por primera vez para el conocimiento de los delitos de abuso de la libertad de imprenta y de los delitos electorales, bajo la primitiva forma de jurado de acusación y de decisión, con la promulgación de la Ley de 22 de octubre de 1820 y la adicional de 1822, y fue abolido con la llegada de los conservadores al poder. No volverá a aparecer hasta la Primera República, en virtud de las leyes de 23 de junio de 1870 y 22 de diciembre de 1872, dictadas en desarrollo del art. 93 de la Constitución de 1869, que lo proclaman para el enjuiciamiento de los delitos comunes más graves y los delitos políticos. La Ley de 3 de enero de 1875 lo suprime, y se reinstaura por la Ley de 20 de abril de 1888. El decreto de 21 de septiembre de 1923 lo suprime nuevamente y el de 11 de abril de 1931 lo reinstaura durante la Segunda República, siendo objeto de posterior regulación por la Ley de 27 de julio de 1933. Por último, en plena guerra civil se suspende su vigencia en el bando nacional, y en el republicano un decreto del 7 de mayo de 1937 lo sustituye por los llamados *Tribunales Populares*, cuyo presidente y vocales eran nombrados por el Ministro de Justicia y los ocho jueces legos que lo componían por los comités provinciales de cada partido u organización judicial que conformaban el Frente Popular.

²³⁸ La reforma vino determinada fundamentalmente porque en la redacción originaria de la Ley del Jurado no se tuvieron en cuenta las enmiendas aprobadas por el Senado, dado el resultado obtenido por la votación de conjunto, que significó el rechazo de aquellas enmiendas, a pesar de que previamente habían sido muy favorablemente valoradas y casi unánimemente aceptadas por el Pleno del Congreso, y que fueron acogidas en la Ley 8/1995. La reforma afecta a los apartados 1 y 2 del art 1. en el que se atribuye al Tribunal del Jurado competencia para conocer de los delitos contenidos en las siguientes rúbricas: a) delitos contra las personas (parricidio, asesinato, homicidio, auxilio e inducción al suicidio e infanticidio); b) delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos (infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias); c) delitos contra el honor; d) delitos contra la libertad y la seguridad (omisión del deber de socorro, allanamiento de morada y amenazas), y e) delitos de incendios forestales. También a los siguientes artículos de la Ley del Jurado: párrafo 2º del art. 2: apartado 4º del art. 3: apartado 1 y párrafo 2º del apartado 2 del art. 5: apartado 5 del art. 8: apartados 7 y 9 del art. 10: apartado 3 del art. 11, art 18: art. 19; art. 20: art. 21, párrafo 1 ; art. 23: art. 24, apartado 1: art. 25, apartado 1: art. 26, apartado 1: art. 27, apartados 1, 2, 3 y 4: art. 28: apartado 5, párrafo 1 del art. 29: apartado 1 del art. 30: apartado 1, párrafo 1º del art. 34. apartados 1 y 2 del art. 38, apartados 1 y 3 del art. 39: apartados 1, 2 y 3 del art. 40: apartados 1 y 3 del art. 41. párrafo 1º del art. 44: párrafo 1º de la letra g) del apartado 1, y el apartado 2 del art. 52; apartado 2 del art. 54; apartado 2 del art. 56, art. 60, apartado 1; apartado 1 del art. 61, literal e), y la Disposición Final 4º.

viene siendo habitual, el legislador aprovechó la ley para introducir reformas ajenas al objeto principal de la norma. Así aprovechó para introducir reformas procesales de calado como la supresión del antejuicio en las querellas interpuestas contra jueces y magistrados, y, por extensión, contra fiscales; para exigir el requisito de la petición de parte para la solicitud y adopción de la medida cautelar de prisión provisional; y restringir las facultades del tradicional juez de instrucción, como consecuencia de la instauración del modelo acusatorio puro en la instrucción.

Cronológicamente llegamos a las modificaciones de la LECrim. por la Ley 38/2002, y su complementaria LO 8/2002, las dos de 24 de octubre, por las que en unos casos se mejora la regulación del procedimiento abreviado para paliar defectos evidenciados por la práctica y la jurisprudencia del TC, y en otros casos se modifica, entre otros objetivos para reforzar las garantías de la víctima (se distingue entre ofendido y perjudicado en los arts. 771.1ª y 776, y se exige al perjudicado la presentación de querella para personarse); se refuerza el derecho de defensa del imputado (necesidad de asistencia letrada durante todo el procedimiento); se permite la práctica de prueba preconstituida en fase de instrucción; se detalla el contenido mínimo del auto de incoación del procedimiento abreviado; y se introduce un nuevo procedimiento: el denominado juicio rápido, remitiéndose a la regulación del procedimiento abreviado para la interposición de recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en el “rápido” procedimiento, con un acortamiento de los plazos, que también se produce con respecto de las sentencias dictadas en los juicios de faltas.

Para completar el panorama legislativo de las reformas de la LECrim., debe hacerse mención a las reformas producidas en el año 2.003, en concreto por la Ley 3/2003 de 14 de marzo sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y la LO 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional²³⁹; la Ley 5/2003, de 26 de

²³⁹ De consulta obligada: AGUILERA MORALES, M.: «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, núm. 2145, agosto 2.012. De la misma autora AGUILERA MORALES, M.: «Recensión a la obra de CEDEÑO HERNÁN, M., La Orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega, Civitas, 2010», en *BMJ*, año LXV, núm 2131, Mayo 2.011; AGUILERA MORALES, M.: *Proceso Penal Causa General*, Civitas, Madrid, 2008; y los trabajos contenidos en la obra colectiva *La e-Justicia en la Unión Europea*, Coords.: DE LA OLIVA SANTOS, A.; GASCÓN INCHAUSTI, F.; AGUILERA MORALES, M., Cizur

mayo, por la que se modifica la LOPJ 6/1985, entre otras; la LO 7/2003, de 30 de junio; la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim. en materia de prisión provisional; la Ley 14/2003 de 26 de mayo por la que se modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal regulado en la Ley 50/1981; las LO 15/2003 de 25 de noviembre, 19/2003 y 20/2003, de modificación de la LOPJ; y la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección. En 2.004, se dicta el RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido sobre la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; el RD 355/2004, de 5 de marzo, sobre el registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia de Género, y se promulga la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En 2006 se aprueba la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y que afecta a cuatro artículos de la LECrim.. En el año 2.009, tenemos la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de implantación de la nueva oficina judicial y la correlativa distribución de competencias entre Jueces y Secretarios Judiciales (hoy llamados Letrados de la Administración de Justicia) y que exige adaptar nuestra legislación procesal a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativas a las oficinas judiciales y a los Secretarios judiciales.

El aluvión de modificaciones, hacen de permanente y constante actualidad las palabras del Prof. GIMENO SENDRA, quien considera que “el estado actual de nuestra justicia penal pone de relieve la exigencia de abandonar la política de reformas parciales a la LECrim y de promulgar un nuevo Código Procesal Penal que responda a nuestra Constitución y a las nuevas exigencias de la sociedad democrática contemporánea”²⁴⁰. Bien es cierto que el legislador español ha intentado durante varias legislaturas la aprobación de una nueva LECrim. Durante el primer Gobierno socialista de este siglo (2004-2008) se creó una comisión de reforma de LECrim que, desgraciadamente no llegó

Menor, 2012, y en particular: GASCÓN INCHAUSTI, F. “Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea”, págs. 69 y ss.

²⁴⁰ GIMENO SENDRA, V.: «La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España», en *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2004, pág.333.

a presentar oficialmente ninguna propuesta²⁴¹. En la segunda legislatura socialista (2008-2011), sin embargo, sí que se aprobó un texto que llegó a convertirse en Anteproyecto (de ahora en adelante, ALECrim) pero que, al ser presentado justo antes de las elecciones generales, finalmente no llegó a prosperar²⁴². En la próxima anterior legislatura, concretamente en el año 2013, una comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia entregó una nueva Propuesta de Código Procesal Penal (de ahora en adelante, CPP)²⁴³. Se trataba de un texto que ofrece respuestas -en algunos extremos más o menos acertadas- a los problemas que plantea nuestra justicia penal. El Gobierno, sin embargo, no apostó finalmente por dicho texto, perdiendo así una oportunidad histórica para una reforma integral del proceso penal español. No obstante lo anterior, tras el cambio de Ministro de Justicia, en el año 2015 se han presentado varias reformas de LECrim. menos ambiciosas que la propuesta de CPP, a consecuencia del cercano final de la legislatura, que introducen algunas reformas puntuales -eso sí, de calado- pero que no pueden abarcar, ante la dificultad de alcanzar el consenso parlamentario necesario, un cambio global en el modelo de enjuiciamiento penal.

Infructuosa la labor de hacer un CPP, se ha continuado la labor de los parches, de manera que lo ocurrido legislativamente en el año 2015 ha superado todas las previsiones, pues desde el mes de marzo de 2015 se han producido las siguientes reformas: la primera está incluida en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, que en su Disposición Final Segunda, entre otras modificaciones, venía a introducir el nuevo juicio sobre delitos leves, que sustituye al antiguo juicio de faltas; la segunda tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que transpone la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al

²⁴¹ La comisión contaba con un amplio grupo de expertos pertenecientes a la universidad, a la judicatura y a la fiscalía. Vid. las Memorias de la Comisión de Codificación del año 2005 y 2006, disponibles en el siguiente enlace:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_P/1215198249794/Detalle.html

²⁴² El Anteproyecto de 2011 está disponible en el siguiente enlace: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>

²⁴³ La propuesta de CPP fue presentada al Ministro de Justicia el 25 de febrero de 2013. Entre tanto, el texto fue objeto de debate en distintos sectores (foros académicos, judiciales, etc.). El texto se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html (“clicar” en Propuesta de texto Articulado L.E.Crim)

derecho a la información en los procesos penales; la tercera modificación de la norma procesal penal se realizó de forma simultánea a la anterior mediante la Ley 4/2015, también de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en concreto, en su Disposición Final Primera; la cuarta modificación se produce a través de la Disposición Final Duodécima de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia; la quinta se introdujo por la Disposición Final Primera de la 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; la sexta y séptima, mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ambas publicadas en el BOE de 6 de octubre y con entrada en vigor el 6 de diciembre de 2015.

En breve habrá alguna más, intuimos, pues recientemente se ha aprobado la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de presunción de inocencia y el derecho de estar presente en el juicio; Directiva de la que cabe destacar un aspecto de triste actualidad: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable”.

VI.- LA REFORMA DE LA LECRIM. DE 2015²⁴⁴

La nueva reforma de LECrim es consecuencia de la suma de dos Proyectos de Ley, concretamente del “Proyecto de ley de modificación de Ley de Enjuiciamiento

²⁴⁴ Para el estudio de las reformas producidas en 2015, puede seguirse MUERZA ESPARZA, J.: *Las reformas procesales penales de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, y MARCHENA GÓMEZ, M.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”, que ostenta el rango de Ley Ordinaria y del “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, proyectada a través de Ley Orgánica dado que afecta a derechos fundamentales²⁴⁵.

No se entiende por qué el legislador no ha reunido las reformas procesales en un solo proyecto, pues resulta antieconómico proyectar distintas reformas que en el fondo afectan a una misma ley en textos separados, duplicando –o triplicando, si sumamos el Estatuto de la víctima²⁴⁶, que también afecta al proceso penal- los trámites parlamentarios para su aprobación.

De esta manera, como decíamos, en el año 2.015 se han hecho varias modificaciones. Así destacamos de entre todas, en primer lugar la llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. La primera de ellas sustituye el juicio de faltas por el proceso penal por delitos leves, consecuencia de la eliminación de la falta como ilícito penal y el nacimiento de otra clase delictiva, el delito leve. Competente el Juzgado de Instrucción para su enjuiciamiento, la sentencia dictada es susceptible de recurso de apelación (art. 976 LECrim.), que se tramitará conforme a lo previsto en los arts. 790 a 792 LECrim., y en consecuencia es susceptible de impugnación adhesiva. También destacamos la modificación de carácter más general, llevada a cabo por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduciendo algunas modificaciones orgánicas relevantes para el proceso penal relativas a la posible configuración de la actual Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de

²⁴⁵ Ambos textos se encuentran disponibles en la página web del Ministerio de Justicia <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-modifica-lecrim-para>

²⁴⁶ El Estatuto de la Víctima ha sido aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, y publicado en el BOE el 27 de abril. Al respecto, de consulta obligada, CHOZAS ALONSO, J.M.: «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en CHOZAS ALONSO, J.M. (coord.): *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Dykinson, Madrid, 2015, págs. 193 a 262.

Justicia, a la demarcación judicial y competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y al apoyo judicial en los casos de instrucción de causas penales complejas.

En el mes de octubre se vuelve a modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, por un lado, tenemos la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, con la finalidad de fortalecer los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea, incorporando al Derecho español la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, acerca del derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, y se regulan las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución²⁴⁷.

Llegamos a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y cuya finalidad es múltiple, con la que se pretende: evitar dilaciones indebidas en la justicia penal; prever un procedimiento de decomiso autónomo para

²⁴⁷ Esta norma contiene una serie de medidas muy relevantes. Así, por ejemplo, el imputado y reo pasa a denominarse investigado y el acusado será el encausado; según el apartado V de la Exposición de Motivos *"la reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible"*.

Otro de los puntos más relevantes de esta ley es la nueva regulación de la detención o prisión incomunicada: el plazo máximo de detención incomunicada será de 5 días, prorrogable por otros 5 para delitos de terrorismo o realizados por organizaciones criminales; y no pueden ser objeto de detención incomunicada los menores de 16 años. Se incorporan, por lo demás, interesantes novedades a tener en cuenta: el reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado (que podrá ser limitada cuando concurren determinadas circunstancias, como la presencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado); se actualiza la regulación de la detención y apertura de la correspondencia privada escrita y telegráfica acotándose su ámbito material de aplicación, los plazos máximos de duración y los supuestos excepcionales en los que no es necesaria autorización judicial previa, sino posterior o incluso no se requiere autorización; se aborda la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos, materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal.

permitir la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado, incorporando así la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito de la Unión Europea; regular la segunda instancia penal, prevista en la LOPJ²⁴⁸ pero no desarrollada hasta 2015, y establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el TEDH.

Como vemos, del contenido de todas estas reformas, podemos concluir que se refieren a cuatro bloques: a) Agilización procesal: limitación del plazo de instrucción a seis meses a excepción de las causas complejas²⁴⁹, la no remisión a los juzgados de los atestados policiales sin autor conocido, la modificación de las causas de conexidad y la

²⁴⁸ Desde 2.003, mediante la LO 19/2003.

²⁴⁹ DE LA OLIVA SANTOS no considera que el art.324 establezca plazos para el sumario, sino que de su lectura puede inferirse que en el año 1882 un mes podía ser el tiempo preciso “de ordinario” para completar la instrucción, sin perjuicio de que se pudieran adoptar las medidas necesarias cuando no haya podido ser concluida, sin que –destaca el autor- entre dichas medidas estuviese ninguna prórroga. Tanto el plazo de un mes como el de seis meses son, en su opinión, “fruto de un optimismo irreal”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. Blog Por Derecho, entrada del lunes 20 de abril de 2015. Disponible en el siguiente enlace <http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/>

Se trata de la fijación de los plazos máximos para la instrucción. Efectivamente, se establece un plazo máximo de 6 meses para los asuntos sencillos y de 18 meses para los complejos y se prevé la posibilidad de su prórroga con mucha flexibilidad. Su agotamiento no dará lugar al archivo automático de las actuaciones, fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa (en este sentido, vid. conclusión 12ª de la Circular de la FGE 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción). Se trata de un extremo ampliamente criticado por diferentes asociaciones de jueces y fiscales, con palabras tales como las siguientes: "establecer un plazo límite sujeto a control en nuestro modelo procesal -en el que la investigación está en manos del juez instructor- puede resultar absurdo, pues es el propio juez quien ha de controlar la realización efectiva en plazo de sus propias diligencias procesales, como es también absurdo otorgar al Ministerio Fiscal, en régimen de monopolio, la facultad de pedir prórrogas a quien está dirigiendo y controlando la investigación cuando puede haber desacuerdos en la misma o, incluso, desconocer el contenido o la existencia de dicha investigación (...) Es por tanto, una auténtica ley de punto final de la que va a resaltar la impunidad de hechos delictivos que debieran ser castigados y, por ello, las asociaciones firmantes, solicitan la suspensión de la entrada en vigor de la reforma hasta que, al menos, no se cuente en todo el territorio nacional con los medios personales, materiales e informáticos que posibiliten el cumplimiento de la norma" (Comunicado conjunto sobre la reforma de la LECrim. de fecha 15 de octubre de 2.015 emitido por las Asociaciones Jueces para la Democracia, Asociación de Fiscales, Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, Foro Judicial Independiente, Asociación Profesional e Independiente de Fiscales y Unión Progresista de Fiscales, que puede consultarse en <http://www.upfiscales.com/2015/10/1437/>

MUERZA ESPARZA, J.: *Las reformas procesales ...*, op. cit., págs. 69 y ss., señala como antecedentes la propuesta legislativa de 2.011 (arts. 482 y 483), que establecía un plazo general para la instrucción de doce meses, susceptible de prórroga; y la propuesta de 2.013 (art. 127), antecedente inmediato, que prescribía un plazo general para la investigación de seis meses, o de dieciocho si aquélla era declarada compleja, también susceptible de prórroga.

regulación de un procedimiento monitorio penal²⁵⁰. b) Refuerzo de las garantías procesales: sustitución del término “imputado” por “investigado”, generalización de la segunda instancia en el proceso penal, establecimiento de un mecanismo de revisión de sentencias dictadas por el TEDH y la transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales. c) Medidas de investigación tecnológica: modificación de la LECrim para hacer frente a los retos que plantea el uso de las nuevas tecnologías regulando, entre otros aspectos, además de la intervención de telecomunicaciones, la captación de imágenes, el uso de balizas de seguimiento y el registro de dispositivos de almacenamiento de información. Y d) Decomiso²⁵¹: regulación del proceso de decomiso autónomo que complementa procesalmente la nueva regulación del Código Penal de 2015, así como a la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

²⁵⁰ Otra importante novedad consiste en la instauración de un proceso por aceptación de decreto, contemplada en un nuevo Título III bis (art.803 bis a y s.s.), que también puede denominarse como procedimiento monitorio penal. Se trata de un procedimiento con un ámbito de aplicación limitado a cuestiones de seguridad vial en las que la sanción a imponer sea la multa y/o la privación del permiso de conducir, en los que no se encuentren personadas ni la acusación popular ni particular (art.803 bis a), y el encausado acepte la solicitud de pena realizada por el Ministerio Fiscal, así como, si la hubiere, la acción civil resarcitoria (art. 803 bis b). El procedimiento en sí mismo resulta bastante sencillo: el MF realiza una propuesta de imposición de pena a través de decreto, en el que identifica al encausado, el delito cometido, la prueba existente, la idoneidad de la pena a imponer, etc. (art.803 bis c) y lo remite al juzgado que, a su vez, tras examinar la concurrencia de los requisitos del procedimiento (contemplados en el citado art.803 bis a), lo autorizará y notificará al encausado para que comparezca en el tribunal asistido de letrado (art.803 bis f). Asimismo, y para mayor garantía, si el encausado careciese de letrado se le proporcionaría uno de oficio (art. 803 bis g). Además, la comparecencia se convierte en un trámite imprescindible pues, en caso contrario, la propuesta del fiscal quedará sin efecto (art.803 bis h). En caso de aceptar la propuesta en la comparecencia, el juez atribuirá al decreto el carácter de resolución judicial firme, con todos los efectos de sentencia condenatoria, que no podrá ser susceptible de recurso alguno (art. 803 bis i). Ello no obstante, tal y como se ha comentado anteriormente, en caso de incomparecencia, de comparecencia y rechazo del decreto, o que éste no sea autorizado por la autoridad judicial, proseguirá la causa por el cauce que corresponda (art. 803 bis j). Si bien el MF considera que sin un modelo de fiscal instructor el presente procedimiento se encuentra “abocado a su absoluto fracaso”, el concreto y limitado ámbito de aplicación convierte el reto en una tarea perfectamente asumible por nuestro sistema procesal penal. La aceptación por decreto pretende, en la práctica, agilizar considerablemente los procesos penales relativos al tráfico, p.ej. conducir bajo los efectos del alcohol, excesos de velocidad, etc., cuya prueba –siguiendo los ejemplos citados- gira en torno al test alcoholimétrico o a la fotografía del radar, bastante difícil de refutar. Por ello, a través del presente procedimiento, se ofrece una respuesta punitiva rápida a una situación en la que, en muchas ocasiones ni siquiera existe conflicto, habida cuenta de que el autor del delito reconoce los hechos y únicamente pretende finalizar cuanto antes el proceso penal. No obstante lo anterior, juega en favor del procedimiento por aceptación de decreto que no es preciso siquiera la puesta a disposición del encausado ante el juez, sino que basta simplemente con que comparezca con asistencia letrada para aceptar la propuesta de decreto realizada por el MF. Por tanto, se erige en una opción más celer y económica para el encausado que, además, siempre tendrá la opción, en caso de no aceptar la propuesta del fiscal, de acudir a un juicio rápido. Para un mayor detalle puede consultarse MUERZA ESPARZA, J.: *Las reformas procesales ...*, op. cit..

²⁵¹ Vid. *infra* nota 263

De los cuatro bloques citados, el que más interesa, por razones obvias, a los efectos de este estudio es precisamente el de la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, esto es, la instauración efectiva de la segunda instancia en el proceso penal para el que tradicionalmente no se preveía la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia en el procedimiento ordinario o sumario por el que se tramitan los delitos más graves, recurso que si está previsto para los menos graves y leves, esto es, en el procedimiento abreviado (art. 790 a 792 LECrim.), en los juicios rápidos (art. 803 LECrim.) ya sean por delito o delito leve, en los juicios por delito leve (art. 796 LECrim.), y en los que son competencia del Tribunal del Jurado (art. 846.bis.a LECrim.).

Con respecto a la generalización de la segunda instancia llevada a cabo por la Ley 41/2015, que a continuación tratamos, y su inmediata efectividad, es importante precisar que conforme a la Disposición Transitoria Única, las reformas introducidas por la Ley 41/2015, “*se aplicará a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor*”, lo que según su Disposición Final Cuarta fue el 6 de diciembre de 2.015, de manera que quedan excluidos de su aplicación todos los procedimientos ya iniciados con anterioridad, con independencia del estado procesal en que se encuentren o de la fase que se inicie con posterioridad a la indicada fecha de entrada en vigor. Así las cosas, todas las sentencias de las Audiencias Provinciales que se vayan produciendo en procesos incoados con anterioridad a la fecha de 7 de diciembre de 2015, no serán susceptibles de recurso de apelación, sino que se les aplicará la normativa procesal anterior. Para ejemplo dos botones de campanillas: el caso Nóos, y el caso de las *tarjetas black*, cuyas sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Islas Baleares el 17 de febrero de 2.017, y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 23 de febrero de 2.017, respectivamente, no pueden ser recurridas en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, como algunos pensaban, sino que sólo es recurrible en casación, conforme a la legislación anterior. Por

lo tanto, nos vemos forzados a concluir que la generalización de la segunda instancia no se producirá hasta que hayan transcurrido unos cuantos años²⁵².

²⁵² En efecto, con independencia de lo que reflejan las estadísticas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial, con una tasa de congestión en la jurisdicción penal del 15'8%, frente a la del 2'3% en la civil, el 4'3% en la contencioso-administrativo, y del 0'1% en la social (última estadística publicada por la Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, en el "Informe sobre la situación de los órganos judiciales", Cuarto Trimestre de 2.016, disponible en <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/DatosNacionalTercerTrimestre2016.pdf>), podemos indicar desde nuestra experiencia profesional en el ejercicio diario, que los tiempos de duración de un procedimiento penal abreviado es la siguiente con seis ejemplos de los más de 600 asuntos defendidos en los últimos años:

- Diligencias Previas 6/2015, del Juzgado de Instrucción número 3 de Torrejón de Ardoz, incoadas por Auto de fecha 3 de enero de 2.015, por delito de estafa, pendiente de celebración de juicio oral ante la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, procedimiento abreviado 1098/2016, llevamos dos años.
- Diligencias Previas 339/2014, del Juzgado de Instrucción 2 de Pozuelo de Alarcón, incoadas por Auto de fecha 26 de febrero de 2.014, por delito de lesiones menos graves, terminado por sentencia del Juzgado de lo Penal 5 de Madrid, Procedimiento abreviado 106/2015, de fecha 3 de febrero de 2.017, es decir tres años de duración.
- Diligencias Previas 3366/2011, del Juzgado de Instrucción 36 de Madrid, incoadas por Auto de 27 de julio de 2.011, por delitos de agresión y abuso sexual, celebrado juicio oral ante el Juzgado de lo Penal 1 de Madrid, Procedimiento abreviado 246/2012, el pasado día 15 de diciembre de 2.016, y dictándose sentencia de fecha 24 de marzo de 2017. Es decir casi seis años de duración.
- Diligencias Previas 4359/2008, del Juzgado de Instrucción 3 de Madrid, incoadas por Auto de 5 de agosto de 2.008, por delito contra la hacienda pública, resuelto por sentencia del Juzgado de lo Penal 24 de Madrid, Juicio Oral 55/2014, de fecha 4 de febrero de 2.016. Es decir, cinco años y medio de duración.
- Diligencias Previas 2983/2009, del Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid, por delitos contra la salud pública, tenencia ilícita de armas, blanqueo de capitales, y pertenencia a organización criminal, todavía en instrucción, actualmente en el Juzgado Central de Instrucción 2, llevamos ocho años.
- Diligencias Previas 471/2007, del Juzgado de Instrucción número 18 de Madrid, por falsedad en documento mercantil e insolvencia punible, incoadas por Auto de fecha 6 de marzo de 2.007, resuelto por sentencia del Juzgado de lo Penal número 2, Juicio Oral 69/2012, de fecha 8 de enero de 2.014, siete años de duración.

Puede observarse que con tan dilatadísimos tiempos entre la incoación del procedimiento y su resolución por sentencia de primera instancia, la generalización de la segunda instancia no será tal hasta aproximadamente el año 2.019.

Sobre la generalización de la segunda instancia vid. ARMENTA DEU, T.: «La reforma de los recursos en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; generalización de la segunda instancia; ampliación del recurso de casación e incorporación de las resoluciones condenatorias del ESDDHH». En: FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; BELLIDO PENADÉS, R.: «Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.015», en *Diario La Ley*, núm. 8618, de 5 de octubre de 2.015; LARA LÓPEZ, A.: *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.014.

No obstante, a pesar de que la efectividad de la generalización tardará en producirse el tiempo que necesariamente ha de transcurrir desde la incoación de los procedimientos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, hasta su enjuiciamiento por la Audiencia Provincial, mediante RD 229/2017, de 10 de marzo –entendemos que al afectar a la planta judicial debería haberse hecho por Ley–, se crean Secciones de apelación Penal en los TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el TSJ de Cataluña, y en el TSJ de Madrid, dotándose de dieciséis plazas de magistrados (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2.017), de los cuales tres plazas serán para la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, y el resto para los TSJ, Salas de lo Civil y Penal, de Andalucía, Ceuta y Melilla, seis plazas; Cataluña, tres plazas; Comunidad Valenciana, una plaza; y Madrid, tres plazas. Plazas cuya efectividad está pendiente de que sea fijada "por el Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas afectadas" (art. 6.2 del RD 229/2017), y cuya realidad no nos consta a fecha de impresión de este estudio, salvo para el TSJ de Valencia, que será efectiva desde el próximo día 1 de junio de 2.017 en virtud de la Orden JUS/306/2017, de 4 de abril (BOE de 5 de abril de 2.017)

A.- La generalización de la segunda instancia.-

Hemos puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones lo llamativo de que en nuestro sistema procesal penal el recurso de apelación, por el que se abre la segunda instancia, estaba previsto para todo tipo de ilícitos penales salvo para los más graves, cuya competencia para el enjuiciamiento corresponde a las Audiencias Provinciales, quienes enjuician en primera y única instancia las causas por delitos que tienen prevista en el Código Penal una pena privativa de libertad superior a cinco años. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial no era posible interponer otro recurso que el de casación, recurso de carácter extraordinario y en el que el órgano *ad quem* (el Tribunal Supremo), tiene extremadamente limitadas las facultades de revisión, hasta el punto de que tiene vedada la revisión de los hechos declarados probados en la instancia, salvo por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim., y por tanto la valoración de la prueba. Se limita básicamente a una revisión de la corrección en el procedimiento seguido mediante el respeto de las normas y garantías procesales, y de los derechos constitucionales, y la revisión de la aplicación de las normas de carácter sustantivo.

A pesar de las reiteradas quejas en el sentido de que el recurso de casación era tan limitado que no respetaba en España el derecho a la doble instancia que contempla el art. 18 del PIDCP, el TS y, especialmente, el TC insistían en defender nuestro sistema de casación y en afirmar que la legislación española respetaba plenamente el derecho a la segunda instancia, haciendo interpretaciones de los derechos constitucionales y de la norma extremadamente forzadas²⁵³.

La insistencia de los Abogados en la defensa de los derechos e intereses ajenos, les llevó a acudir a instancias Europeas, y en concreto a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al TEDH demandando que por dichas instancias se forzara al legislador español a regular un sistema adecuado y respetuoso con el PIDCP, y se obligara al TC a interpretar adecuadamente el artículo 18 del PIDCP. Emitidos los primeros dictámenes

²⁵³ Vid. siguiente apartado, “Las razones constitucionales” (Parte II, Capítulo I.A.VI.B)

por el CEDH, el TC se resistía a su aplicación amparándose en el carácter no vinculante de las decisiones de aquél. Ha sido el TEDH quien con sus sentencias, de obligado cumplimiento, ha provocado que finalmente el TC abandonara su posición, y que el legislador español, por fin, se pusiera manos a la obra para instaurar en España un sistema generalizado de segunda instancia respetuoso con el citado PIDCP. Bien es cierto mediante la generalización de un sistema de apelación para los procedimientos incoados con posterioridad al día 6 de diciembre de 2.015, en el que el órgano competente para la revisión tiene sus facultades limitadas, como a continuación veremos.

B.- Las razones constitucionales.-

El derecho a la doble instancia está previsto en el art. 2.1º del protocolo nº 7 de la Carta Europea de Derechos Humanos, de 1 de Noviembre de 1988 –ratificado por España el 28 de Septiembre de 2009-, así como en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. A consecuencia del reiterado incumplimiento de estos preceptos, España había sido objeto de informes desfavorables de la ONU, entre otros, por el caso *Hill contra España* –D 526/1993, de 23-6-1997–, el D 986/2001, de 30 de julio de 2003, emitido en el caso *Joseph Semen*, y el D 701/1996, de 11- 8-2000, dictada en el caso *Cesáreo Gómez Vázquez*, etc.

Ante el sistemático incumplimiento de este derecho, el legislador aprobó la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que modificó la LOPJ para conferir el conocimiento de los recursos de apelación a las Salas de lo Penal de los TSJ (art. 73.3.c. LOPJ) y crear una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (arts. 64.1 y 64.bis LOPJ). Dicha LO, sin embargo, no vino acompañada de la preceptiva reforma procesal penal que le otorgara efectividad. Hemos tenido que esperar doce años para la efectiva instauración de la segunda instancia penal, atribuyéndose a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, constituidas con tres magistrados, el conocimiento de los recursos de apelación que se interpongan contra los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o acuerden el sobreseimiento libre y las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respectivamente,

tramitándose los mismos por las normas reguladoras de dicho recurso en el procedimiento abreviado (art. 846.ter LECrim.).

Hemos puesto de manifiesto cómo en nuestro sistema procesal penal, la segunda instancia es limitada: es así en el recurso de apelación, y lo mismo ocurre con el recurso de casación. Conforme a su regulación se da la paradoja de que el tribunal *ad quem* tiene plenas facultades revisoras, sin embargo está vedada la revisión íntegra del proceso de primera instancia. Es decir, los motivos por los que se faculta a la parte la interposición de recurso y la facultad de proposición de prueba para su práctica en segunda instancia son limitados²⁵⁴, pero una vez admitido manifiesta el TC que las facultades del tribunal *ad quem* son plenas. No obstante, la fundamental limitación es la de la imposibilidad de revisión plena de las cuestiones de hecho resueltas en la primera instancia, de manera que como ha declarado en multitud de ocasiones el TEDH y el CDH, en España no se respeta el derecho a la segunda instancia reconocido en el PIDCP. A pesar de ello, insistimos, el TC ha venido reiterando que el sistema de recursos previsto en nuestra legislación procesal satisfacía “suficientemente” las exigencias europeas²⁵⁵.

²⁵⁴ El anterior art. 790.2 LECrim. configura tres motivos de impugnación, que lo son comunes a las sentencias condenatorias y absolutorias: el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión se desnaturalizan así las dos fundamentales características del recurso de apelación. Su carácter de ordinario, en tanto en cuanto se limitan y tasan los motivos por los que puede fundarse el recurso, por más amplios que éstos sean como veremos más adelante (*vid. infra* Capítulo II.D.II.B.1); y su carácter devolutivo, en cuanto a la limitación de la facultades revisoras del órgano *ad quem*.

²⁵⁵ El argumento es el siguiente que extractamos del FJ 2º de la STC 120/2009, de 18 de mayo: “*La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que ha permitido que dentro de nuestro Ordenamiento, sean tanto el recurso de apelación como el de casación los que abran al condenado el acceso a un Tribunal superior (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; y 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6)*”, que debemos completar con lo declarado en la STC 16/2011, de 28 de febrero: “*Como ha venido reiterando este Tribunal, lo que el citado derecho fundamental establece es la posibilidad de revisión de una condena por un Tribunal superior, garantizada, en supuestos como el presente, a través del recurso de casación «siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» (en el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).*» (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4)”.

Según el TC no existe un derecho constitucional al recurso porque el art. 24.1 CE únicamente contempla el derecho a recurrir las resoluciones judiciales que previamente la ley haya declarado como recurribles²⁵⁶, sin que además, declara el TC, el ciudadano tenga derecho a que se establezca un determinado recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos legalmente previstos²⁵⁷. El argumento no deja de ser discutible: una vez que esté previsto legalmente el recurso, el ciudadano tiene derecho a él, pero no tiene derecho a que legalmente se prevea el recurso. Cuando el PIDCP establece el derecho a la segunda instancia (al menos cuando se trata de sentencias condenatorias, como luego veremos), indirectamente está obligando a los Estados firmantes o adheridos, a que establezcan el recurso que la facilite. Así ocurre con España por virtud del art. 10.2 CE²⁵⁸.

Efectivamente, la interpretación que hace el TEDH de los derechos reconocidos en el PIDCP²⁵⁹ contradice al TC, pues el art. 14.5 PIDCP establece que *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*, de manera que conforme al art. 10.2 de la CE²⁶⁰, es constitucionalmente obligatorio que exista una revisión judicial de cualquier sentencia condenatoria que se

²⁵⁶ “Este Tribunal ha venido manteniendo, en especial, desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Ello es así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal” (STC 100/2009, de 27 de abril).

²⁵⁷ STC 120/2009, de 18 de mayo.

²⁵⁸ *Vid. supra* Parte I, Capítulo I.B, y nota 28.

²⁵⁹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, que España ratificó el 27 de abril de 1977.

²⁶⁰ El Pacto Internacional resulta de aplicación de acuerdo con el art. 96. 1 y 10. 2 CE.

imponga por un tribunal penal. Ahora la cuestión es el alcance y límites de esa revisión judicial que el TC estimaba suficiente con la previsión del recurso de casación, considerando que éste cumple las exigencias derivadas del PIDCP al implicar una doble decisión judicial sobre los hechos ya enjuiciados, lo que por otra parte no es cierto, o al menos no lo es totalmente.

Como recuerda CHOZAS ALONSO²⁶¹, a partir del año 1.967 se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento diferentes posibilidades de recurrir en apelación las sentencias, condenatorias²⁶² y absolutorias, que pongan fin al proceso en primera instancia, de manera que tras sucesivas modificaciones introduciendo la posibilidad de interponer recurso de apelación en los distintos procedimientos, se ha llegado a la generalización de la segunda instancia, de manera que hoy son recurribles las resoluciones definitivas de los Juzgados de lo Penal o Juzgados Centrales de lo Penal, en el procedimiento abreviado y los juicios rápidos (arts. 790 y 803 LECrim.), por los Juzgados de Instrucción en los delitos leves (art. 976 LECrim.), las sentencias dictadas en los procedimientos seguidos por los trámites de la LOTJ (art. 846.bis.a) LECrim.), las dictadas conforme a la LORPM (según su art. 41), así como, para los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 41/2015, el pasado día 6 de diciembre de 2.015, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia (art. 846.ter LECrim.), y las dictadas por el órgano competente (art. 803.ter.f LECrim.)²⁶³ en el procedimiento de

²⁶¹ CHOZAS ALONSO, J.M.: *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales*, La Ley, 2.010, págs. 675 y ss.

²⁶² Las únicas a las que se refiere el transcrito art. 14.5 del PIDCP. De ahí, que en puridad podemos afirmar que las modificaciones llevadas a cabo por el legislador de 2015 en orden a la generalización de la segunda instancia lo hace pensando sólo en el acusado que resulta condenado, lo que podría argumentarse frente a quienes pensamos que la nueva regulación infringe el principio de igualdad del art. 14 de la CE. Sin embargo, atender al condenado no legitima descuidar al resto de las partes.

²⁶³ Llamamos la atención sobre este particular procedimiento introducido por la Ley 41/2015: la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea exige a los Estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras del decomiso. De esta forma, mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se regula un proceso nuevo de decomiso conocido como decomiso autónomo que permitirá la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. Se permite así que aquellos bienes de procedencia delictiva que estaban bajo el control de delincuentes en rebeldía o que durante el proceso penal no se hubieran podido trabar, en una fase procesal posterior, puedan ser intervenidos. Este procedimiento responde a un equilibrio entre la agilidad que le es propia y las garantías para las personas demandadas y se ha optado por la remisión al procedimiento del juicio verbal de la LEC articulándose un sistema de

decomiso autónomo (art. 803.ter.r LECrim.). Sólo quedan excluidas las sentencias dictadas en primera instancia en los procedimientos sustanciados ante las Salas de lo Civil y Penal del TSJ y ante la Sala Segunda del TS.

Ahora bien, el que la segunda instancia se haya generalizado, sentando las bases en la reforma por la Ley del 2.003, y materializada con la Ley 41/2015, no es sinónimo de la adopción de un sistema de apelación pleno, sino que seguimos con un sistema de apelación limitada. Inicialmente, el TC otorgaba al recurso de apelación (regulado en el anterior art. 795.3 LECrim.) un carácter pleno (“novum iudicium”), pese al carácter restringido que acogía el ordenamiento procesal español. A los Tribunales competentes para el conocimiento de la apelación se les reconocía plena competencia para conocer y fallar sobre el asunto litigioso en cuestión en la misma posición que el órgano *a quo*. Así quedaba confirmado en múltiples sentencias del TC, entre otras las STC 102/1994 de 11

recursos basado en el procedimiento abreviado. Además, sin perjuicio de que el procedimiento penal esté siendo instruido por un Juez de Instrucción, la fase de ejecución de los bienes decomisados será dirigida por el Ministerio Fiscal, sin detrimento de las funciones investigadoras de éste en la fase prejudicial. La regulación del decomiso autónomo, está situada en el contexto de otras modificaciones anteriores del Código Penal que regulan esta materia, y en concreto, como complemento de aquella previéndose la intervención en el procedimiento de los terceros que pueden verse afectados por el decomiso. Esta figura se introduce en el artículo 803 ter e. y siguientes de la LECrim. que establece que podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad salvo en determinadas circunstancias (artículo 803 ter p.) Será aplicable este procedimiento en los casos previstos en el art. 803.ter.e.2 LECrim. (“cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación; cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio”). La acción de decomiso autónomo será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal (art. 803.ter.i) LECrim.), y el procedimiento puede finalizar en una sentencia que “desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible frente a los bienes del demandado y a los bienes decomisados se les dará el destino previsto en esta ley y en el Código Penal” (art. 803.ter.p) LECrim.) Para ello el Ministerio Fiscal “podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso. (art. 803.ter.q).1 LECrim.), pudiendo recabar de autoridades y funcionarios la colaboración, obligados a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. “Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.(art. 803.ter.q).3 LECrim.). Frente a la sentencia podrá interponerse recurso de apelación, pero no conforme a lo establecido en la LEC, sino conforme a lo previsto para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado (art. 803.ter.r) LECrim.). No se entiende bien que si para el procedimiento ha de seguirse los trámites del juicio verbal de la LEC donde se establecen las opciones de las partes (demandante y demandado), por qué para atacar la sentencia dictada no se acude también a los trámites del recurso de apelación previsto en la LEC.

de abril 12, STC 172/1997 FJ 4º, STC 120/1994, o la STC 43/1997. La STC 120/1999 de 28 de junio en su FJ 3º establecía que “nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta de la alcanzada en primera instancia, pues tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, el Juez *ad quem* se halla en idéntica situación que el juez *a quo* y en consecuencia puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*”. Es decir, según la doctrina del TC, no cabía entender que una resolución del órgano *ad quem* discordante con el fallo del órgano *a quo* sin intermediación en la valoración de la prueba implicara en todo caso la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagradas constitucionalmente²⁶⁴. Las facultades revisoras del órgano *ad quem* sólo se encontraban limitadas por el principio de congruencia procesal que exigía resolver sobre las pretensiones del recurrente. Aparentemente se trataba de un sistema de apelación plena, criticado por parte de la doctrina²⁶⁵.

Lo cierto es que el principio de intermediación en la práctica de la prueba quedaba en entredicho cuando se admitía la revisión de la prueba practicada en primera instancia, y las limitaciones de práctica de nueva prueba en segunda instancia eran muy limitadas, permitiéndose sólo la práctica de las pruebas que no pudieron proponerse en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas a la parte (siempre que hubieren formulado en su momento la oportuna protesta) y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no les fueran imputables (art. 790.3 LECrim.). El carácter de *novum iudicium* de la apelación suponía una desvalorización de la primera instancia.

²⁶⁴ GÓMEZ RECIO, F.: «La sentencia 167/2002 del TC o como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal», en *La Ley*, núm. 5766, 2003, pág. 2, donde declara que “A pesar de que la ley no admitía ni admite la repetición de la prueba, el Constitucional siempre reconoció al Tribunal *ad quem* plenitud de jurisdicción, configurando el recurso de apelación como un nuevo y total reexamen de la causa.... y ello a pesar de no haber estado presente en su práctica”.

²⁶⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal». Cap. VIII de la obra *Estudios sobre prueba penal. Volumen III*, Editorial la Ley, Madrid, 2013, pág. 17, manifiesta con respecto al sistema de apelación plena el riesgo que implica en el posible supuesto de “que las partes conviertan la primera instancia en un trámite formal e inútil, pudiendo producirse disfunciones en la administración de justicia”.

Era, por tanto, necesaria una nueva regulación del recurso de apelación, ante el carácter contradictorio otorgado al mismo como *novum iudicium* dentro de un proceso penal que se acogía al carácter restringido (*revisio prioris instantae*) y la afectación de principios esenciales (inmediación y contradicción), por más que el TC entendiera que la nueva valoración de las pruebas practicadas en primera instancia por el órgano *ad quem* no implicaba la vulneración del principio de inmediación, que sólo se exigía en segunda instancia cuando el órgano *ad quem* debía practicar nuevas pruebas de acuerdo con el art. 790. 3 LECrim²⁶⁶.

Así las cosas, el día 25 de febrero de 2012 se presentó un Borrador del Código Procesal (en adelante BCPP) redactado por expertos nombrados por el Ministerio de Justicia cuya finalidad era sustituir a la LECrim. El BCPP proponía la práctica ante el Tribunal de apelación de las pruebas personales realizadas ante el órgano *a quo*²⁶⁷, y la posibilidad de que el órgano *ad quem* “anulase las sentencias absolutorias para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable con arreglo a elementales máximas de experiencia”²⁶⁸.

C.- La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

Ante las evidentes contradicciones del TC, ha sido la jurisprudencia del TEDH la que ha motivado el cambio, especialmente tras la sentencia en el caso *Ekbatani contra Suecia*²⁶⁹, en el que se acusó a Ekbatani por un delito de amenazas a un miembro del

²⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «Límites a las facultades revisorias de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3º. Época núm. 9. 2013. Págs. 111 – 142.

²⁶⁷ El Borrador de Código Procesal Penal, en el apartado VIII de la Exposición de Motivos dedicado al Libro VI sobre los recursos, señala: “El inconveniente de este modelo es que corre el peligro de generar en el juzgador de instancia un sibilino y subliminal sentimiento de imposibilidad de que sus decisiones absolutorias sean fiscalizadas que no es campo propicio para el acierto.”

²⁶⁸ Libro VI. Los recursos del Nuevo Código Procesal, en el BCPP.

²⁶⁹ STEDH 26 de mayo de 1988, demanda 10563/2003

funcionariado, de manera que el juez *ad quem* confirmó los hechos que se le imputaban al condenado en primera instancia sin llevar a cabo una vista. El caso se elevó ante el TEDH, que declaró la violación por parte del Tribunal de apelación del art. 6. 1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) al haber realizado el Tribunal superior una valoración de hecho y no de derecho, sin la celebración de una vista que permitiera al acusado comparecer y defenderse con base en las garantías del Convenio.

A partir de dicha sentencia el TEDH se pronunció reiteradamente defendiendo la necesaria observancia del art. 6. 1 del CEDH que estipula que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”²⁷⁰. Así el TEDH defiende la necesidad de que el acusado, de acuerdo con las características del procedimiento, disponga de los medios necesarios para defender su propia inocencia ante el órgano superior con pleno respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa del acusado.

Partiendo del derecho a un proceso con las debidas garantías²⁷¹, de la concepción de que el proceso penal constituye un todo y que su protección no termina con el fallo en la primera instancia, el TEDH ha repetido en numerosas sentencias que las garantías del debido proceso del CEDH también son extensibles en la segunda instancia. Por ejemplo,

²⁷⁰ Véase por ejemplo la STEDH de 28 de junio de 2005 (*Hermi contra Italia*), STEDH 25 de junio de 2000 (*Tierce y otros contra San Marino*), STEDH 15 de julio de 2003 (*De Biagi contra San Marino*) o la STEDH 29 de septiembre de 2009 (*Lajos Kiss contra Hungría*), o la más reciente STEDH de 8 de marzo de 2016 (*Caso Porcel Terribas y otros contra España*)

²⁷¹ Entre estas garantías obviamente está el derecho del acusado a ser oído por el tribunal que dicta una sentencia que le afecta, sea en el sentido que sea, y en nuestra opinión sea la instancia que sea –primera o segunda–.

Sobre el tema: SÁNCHEZ YLLERA, I., «Facultades de valoración del Tribunal *ad quem* (especial referencia a la STC 167/2002)», en *Los recursos de casación y apelación penal, Estudios de derecho judicial*, CGPPJ, 2006; y ALCÁCER GUIRAO, R.: *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, señalando éste último que: “no es la inmediación el núcleo del problema, sino si en la segunda instancia se había estudiado «en su conjunto la cuestión de culpabilidad o de la inocencia», conociendo tanto del derecho como de los Hechos. Es decir, el factor determinante no es, para el TEDH, si las pruebas valoradas en segunda instancia dependen de la inmediación, sino si se ha valorado la prueba” (Pág. 38)

además de en la citada sentencia del caso *Ekbatani contra Suecia*²⁷², en la sentencia dictada el 10 de marzo de 2009²⁷³ en el asunto *Igual Coll contra España*, en la que el TEDH declaró la violación del art. 6.1 del CEDH al no haberse asegurado al acusado la vista pública en la Audiencia Provincial. La sentencia de primera instancia de septiembre de 2002, absolvió a Igual Coll del delito de abandono de familia ante el impago de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de separación. La exesposa presentó recurso de apelación, dictando la Audiencia Provincial Sentencia el 17 de enero de 2003, revocando la sentencia absolutoria en primera instancia y condenando al sujeto por delito de abandono de familia, sin la celebración de una vista pública. El TEDH consideró que el fallo de la Audiencia Provincial debió estar precedido de la necesaria celebración de una vista pública para que el fallo de la Audiencia pudiera fundarse en pruebas de carácter personal practicadas con su inmediación al “*haber señalado ex novo la ausencia de comportamiento activo del demandante para procurarse unos ingresos a pesar de su elevada cualificación profesional*”²⁷⁴. Impugnada la sentencia por Igual Coll ante el TEDH, éste recordó la necesidad de estudiar las características individuales del proceso para determinar la violación o no del art. 6.1 del Convenio, porque “el art. 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates”²⁷⁵. Así el TEDH quiso matizar en el sentido de que no toda valoración de prueba por el órgano *ad quem* requiere de la celebración de vista pública, sino sólo de aquéllos casos en que no quedara cuestionado el principio de inmediación, como en el caso de la STEDH 16 de diciembre de 2008, *Bazo González contra España*, en que el Tribunal desestimó la demanda al entender que no era necesaria la audiencia

²⁷² STEDH 26 de mayo de 1988 (Caso *Ekbatani contra Suecia*): “*el estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6. 1 CEDH. Si bien ese derecho implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia*”

²⁷³ STEDH de 10 de marzo 2009 (*Igual Coll contra España*): “*En las circunstancias particulares del caso, a saber la absolución del demandante en primera instancia tras la celebración de una vista pública, durante la que fueron administradas varias pruebas, tanto documentales, los extractos bancarios de la cuenta de consignación judicial, como personales como la declaración del demandante, el Tribunal considera que su condena en apelación por la Audiencia Provincial, sin haber sido oído personalmente, no es conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio*”

²⁷⁴ STEDH de 10 de marzo 2009 (*Igual Coll contra España*). Fundamentos de derecho, 23

²⁷⁵ STEDH de 10 de marzo 2009 (*Igual Coll contra España*). Fundamentos de derecho, 26. En el mismo sentido STEDH 8 de febrero de 2000 (*Michael Edward Cooke contra Austria*): “*El art. 6 no implica el derecho a una audiencia pública ni a comparecer personalmente. Al determinar esta cuestión, hay que tener en cuenta, inter alia, las especiales características del procedimiento y la manera en que se presentan y protegen los intereses de la defensa ante el Tribunal de apelación*”

pública en apelación al versar sobre puntos que no requerían la inmediación del Tribunal de apelación.

Con base en este importante matiz, el TC aprovechó para justificar nuevamente el sistema establecido por el legislador. Así, consideraba que conforme a la doctrina del TEDH no es extensible el principio de inmediación a toda la actividad probatoria por parte del órgano *ad quem*²⁷⁶, excluyéndose la celebración de vista en segunda instancia cuando las pruebas valoradas no sean de carácter personal y por tanto no requieran del principio de inmediación, o cuando la cuestión debatida no sea de hecho, sino de derecho, pues sólo las cuestiones de hecho tienen especial relevancia a estos efectos²⁷⁷. En este sentido, se apoyó especialmente en el caso *Bazo González contra España*, en el cual el Tribunal de Estrasburgo consideró que el Tribunal de apelación no había infringido el art. 6. 1 del CEDH a pesar de haber revocado la sentencia absolutoria dictada por el juez inferior y condenando al recurrente, por entender que la distinta valoración atendía a una discrepante calificación jurídica de los hechos en relación a la respaldada por el juez *a quo*. El Tribunal superior únicamente entró a valorar la prueba documental y mantuvo los hechos probados en primera instancia, llegando a una distinta calificación jurídica. Por ello, no era imperioso celebrar una audiencia pública.

Además, mantiene el TC, la valoración que versa únicamente sobre la prueba documental²⁷⁸ tenida en cuenta por el órgano *a quo* (excepto la prueba pericial, en la que es necesaria la declaración del perito para completar la comprensión del informe en cuestión)²⁷⁹ permite un fallo contradictorio sin ser precisa la inmediación del órgano *ad quem*. Así el debate inicial se transforma en la discusión sobre si el acervo probatorio se ha fundado únicamente en pruebas de carácter documental, dejando a un lado material

²⁷⁶ Los supuestos de exención de las exigencias del principio de inmediación han sido estudiados y desarrollados por ALCÁCER GUIRAO, R.: *El derecho a una segunda instancia ...*, *op. cit.*

²⁷⁷ Cabe destacar, además de la mencionada sentencia, STC 328/2006 de 20 de noviembre, STC 74/2006 de 13 de marzo o la STC 170/2005 de 20 de junio, STC 170/2002 de 30 septiembre (FJ 15).

²⁷⁸ STC 198/2002 26 de octubre (FJ5).

²⁷⁹ Véase la STC 143/2005 de 6 de junio o la STC 10/2004 de 9 de febrero (FJ 7) que establece la necesidad de oír al perito cuando la valoración de la prueba se lleva a cabo sobre las valoraciones del perito que ha realizado en su informe.

probatorio de carácter personal que sí exigiría cumplir con el principio de inmediación, o si la cuestión sometida es exclusivamente de carácter jurídico, en cuyo caso no es necesaria la celebración de vista²⁸⁰ en segunda instancia, como expresan las STC 46/2011, del 11 de abril y la STC 120/2009, de 18 de mayo citada con anterioridad: “la subsunción típica no precisa de la inmediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado”²⁸¹.

La última cuestión que queda fuera del ámbito del art. 6.1 del Convenio, es la valoración de la inferencia probatoria del órgano inferior que no es compartida por el órgano *ad quem*, de manera que éste se limite a disentir del proceso deductivo llevado a cabo por el órgano *a quo* manteniendo inalterados los hechos probados base de la sentencia de primera instancia. Es decir, si el órgano *ad quem*, a través de tales hechos, llega a una conclusión distinta, al realizarse un juicio externo sobre la coherencia de las inferencias probatorias del juez *a quo*, no necesita respetar el principio de inmediación. Así se ha pronunciado el TC en sentencias como la STC 120/2009 FJ 4, en la que declara que “cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación”²⁸².

Pero la cuestión no es tan sencilla, porque los límites de la inferencia probatoria son muy difusos, pudiendo afectarse el derecho a un proceso con todas las garantías si

²⁸⁰ En cualquier caso facultativa para el órgano *ad quem* conforme a lo dispuesto en el art. 791.1 LECrim. En este sentido SÁNCHEZ YLLERA, I.: «Facultades de valoración ...», *op. cit.*; y ALCÁCER GUIRAO, R.: *El derecho a una segunda instancia ...*, *op. cit.*, pág. 38, señalando éste último que: «no es la inmediación el núcleo del problema, sino si en la segunda instancia se había estudiado “en su conjunto la cuestión de culpabilidad o de la inocencia”, conociendo tanto del derecho como de los hechos. Es decir, el factor determinante no es, para el TEDH, si las pruebas valoradas en segunda instancia dependen de la inmediación, sino si se ha valorado la prueba»

²⁸¹ STC 46/2011 de 11 de abril y la STC 120/2009 de 18 de mayo.

²⁸² En esta línea también se han pronunciado la STC 64/2008 de 26 de mayo y la STC 46/2011 de 11 de abril que establece que “el Tribunal de apelación puede rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta.... Sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación”

“sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas”²⁸³. Es fundamental distinguir cuándo el juicio versa sobre la sinceridad y franqueza del sujeto que ha declarado y cuándo sobre la fiabilidad del contenido de lo que éste ha declarado, siendo necesario tener contacto directo cuando el juez de apelación entra a valorar la sinceridad del declarante²⁸⁴. Es así puesto que para juzgar la franqueza del sujeto es necesario que el Tribunal de apelación tenga acceso no solamente al contenido de lo declarado en el acto del juicio, sino a otros elementos subjetivos (lenguaje no verbal, reacciones de terceros, tono de voz, etc.) que pueden ser apreciados cuando la prueba se practica bajo el principio de inmediación. Tratando de solucionar este problema, el Pleno del TC se pronuncia en la STC 167/2002, de 18 de noviembre.

D.- La nueva doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la STC 167/2002, de 18 de noviembre.-

Como acabamos de ver, España se encontraba muy lejos de dar satisfacción a las exigencias europeas en orden a acercarse a la segunda instancia tal y como es entendida por el TEDH en interpretación de los derechos reconocidos en el PIDCP. Haciendo un esfuerzo en esta dirección, se produce la STC 167/2002, de 18 de noviembre, aunque como viene siendo habitual de forma errática y bastante ambigua por el TC, hasta el punto de contar con el voto particular del magistrado GARCÍA CALVO²⁸⁵ en contra del parecer de la mayoría.

²⁸³ STC 120/2009 de 18 de mayo.

²⁸⁴ STC 120/2009 de 18 de mayo: “El juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad) que incidan no tanto en la sinceridad de la declaración (correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa) como en su carácter fidedigno (esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad), pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia”.

²⁸⁵ GARCÍA CALVO comparte la opinión de la necesidad de regular el recurso de apelación ante las exigencias de inmediación y contradicción. Sin embargo, consideró que en el litigio analizado en la sentencia no se había producido una vulneración del art. 6. 1 CEDH por considerar válidas las pruebas que el órgano *a quo* había rechazado. Es una cuestión de derecho, no de hecho, que no exige la inmediación judicial. Vid. también los interesantes trabajos de CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)»,

El problema que se plantea es la necesidad de distinguir entre el recurso de apelación frente a sentencias condenatorias, en las que el tribunal *ad quem* tiene amplios márgenes de supervisión y revisión de la resolución recurrida en cuanto al favorecimiento del reo, del recurso frente a sentencias absolutorias, ya que la revisión en perjuicio del reo imponiendo una condena *ex novo* o agravando la impuesta en primera instancia, puede afectar el derecho a un proceso público con las debidas garantías por vulneración de los principios de inmediación y de contradicción.

El supuesto de hecho de la sentencia consiste en que el Juzgado de lo Penal número 2 de Alicante dictó sentencia el 16 de octubre de 1997, por la que absolvía a los recurrentes en amparo de los hechos por los que habían sido acusados. Las fuerzas de seguridad llevaban a cabo investigaciones sobre piratería de musicasete, solicitando al juez mandamiento judicial para la intervención de las comunicaciones telefónicas de los acusados, aunque sin especificarse en la resolución judicial las razones en las que se motivaba dicha intervención y el debido control judicial de la misma. Alegando los acusados la infracción de los arts. 18. 3 y 24. 2 CE y el art. 11. 1 LOPJ, el Juzgado de lo Penal, declarando la nulidad de las escuchas y de las diligencias de instrucción relacionadas con aquéllas, dictó sentencia absolutoria. Recurrida la sentencia por las acusaciones del Ministerio Fiscal y la acusación particular, la Audiencia Provincial como órgano *ad quem* revocó la sentencia de primera instancia, y dictó otra en su lugar por la que condenó a los acusados, por entender que la intervención telefónica se acordó mediante resolución judicial suficientemente motivada y que su resultado debía desplegar plenos efectos para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados.

Recurrida la sentencia en amparo ante el TC, el Alto Tribunal estimó parcialmente la demanda, siendo de especial interés los fundamentos noveno, décimo y undécimo, que son los que giran alrededor de la valoración de la prueba por el Tribunal *ad quem*, y que

en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000; y «La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única (en relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1998)», en *Revista General de Derecho*, núm. 631, ISSN 0210-0401, 1997.

afecta directamente a la configuración y regulación del recurso de apelación penal²⁸⁶, toda vez que el TC considera que el órgano *ad quem*, tratándose de una cuestión de hecho, y no de derecho –en este caso no es necesaria la inmediación-, no podía entrar a valorar pruebas de carácter personal como las declaraciones autoinculpatorias de los acusados –prestadas en fase de instrucción pero corregidas en el acto del juicio oral-, porque la Audiencia Provincial no las presenció, infringiéndose los principios de inmediación y contradicción, citando la doctrina del TEDH que incide en la relevancia de la inmediación en la segunda instancia cuando se ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del acusado.

De hecho, el TC establece una clara limitación en cuanto a las facultades del órgano competente para el conocimiento del recurso de apelación, tal como estaba configurado y estaba siendo interpretado, y que en última instancia pone de manifiesto que por más resoluciones que haya dictado defendiendo que en España había un auténtico sistema de segunda instancia respetuoso con los derechos reconocidos en el PIDCP, y que el recurso de apelación atribuía plenas facultades al órgano *ad quem* –*novum iudicium*-²⁸⁷ era incierto pues en ningún caso se permitía al tribunal superior la revisión de la prueba sobre la que se sustentaba la sentencia de la primera instancia, sino un mero juicio o control sobre la razonabilidad de la valoración de la prueba llevada a cabo por el órgano

²⁸⁶ GÓMEZ RECIO, F.: «La sentencia 167/2002 ...», *op. cit.*. Afirma que la sentencia deja literalmente temblando toda la regulación legal del recurso de apelación de sentencias penales.

Es el propio TC quien pone de manifiesto la trascendencia de la sentencia, cuando en el primero de sus fundamentos señala: “*Conviene advertir que es en relación con el bloque impugnatorio cuarto donde se ha planteado la necesidad de avocación al Pleno, para poder ejercer por éste la facultad de revisión de la precedente doctrina del TC, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 LOTC, revisión que se contiene en los fundamentos jurídicos 9, 10 y 11, en los que, en síntesis, se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción*”.

²⁸⁷ Hasta la STC 167/2002, el Tribunal Constitucional afirmaba que el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o tribunal superior para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90, 21/93, 120/1994, 272/1994 y 157/1995). Estimaba que nada podía oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto “*por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba*” el órgano *ad quem* se halla “*en idéntica situación que el Juez a quo*” (STC 1721/1997, fundamento jurídico 4º, y SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995) y, en consecuencia, “*puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo*” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997 y 120/1999).

sentenciador al amparo de lo establecido en el artículo 741 LECrim., lo que dista mucho de una auténtica segunda instancia.

No coincidimos con quienes mantienen que la sentencia que estudiamos, reiterada en multitud de posteriores pronunciamientos²⁸⁸, cercena “esa amplia facultad de revisión y considera que si está limitada en lo que respecta a la corrección de la valoración de las pruebas personales efectuada por el juzgador de instancia. En concreto está limitada por la salvaguarda del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se integran las de inmediación y contradicción”²⁸⁹, porque: 1º) se trata de una “amplia” facultad que ya estaba cercenada antes de la sentencia del TC, en tanto en cuanto, como corresponde con un sistema de apelación limitado, salvo el error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos, en la práctica diaria de los tribunales el principio de libre valoración de la prueba del art. 741 LECrim. era poco menos que elevado a la categoría de “sagrado”²⁹⁰; 2º) porque ni antes ni después de la sentencia se permite volver a practicar ante el órgano *ad quem* la misma prueba practicada ante el órgano *a quo*, limitándose los supuestos de proposición de prueba en segunda instancia – y por tanto las de su práctica ante el tribunal *ad quem*- a casos en los que no fue practicada en primera instancia. Si para fundar una sentencia es necesaria la valoración de la prueba en su conjunto, no alcanzamos a comprender cómo era posible que, practicada distinta prueba en segunda instancia, y no pudiéndose volver a practicar la de primera instancia, el órgano *ad quem* iba a valorar la prueba “en su conjunto” si no había intervenido en la

²⁸⁸ SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 200/2002, 212/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003 y 118/2003, entre otros muchos.

²⁸⁹ JORGE BARREIRO, A., «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en *Jueces para la democracia*, Nº 48, 2003, pág. 70.

²⁹⁰ Nuestra afirmación, aunque contundente, no es disparatada, como viene a reconocer JORGE BARREIRO, A.: «Las sentencias absolutorias ...», *op. cit.*, pág. 71: “Conviene no obstante advertir que la doctrina del TC sentada a partir de la sentencia 167/2002 se venía ya en gran medida aplicando en la práctica por los tribunales de apelación, en el sentido de que la relevancia del principio de inmediación para calibrar las pruebas personales impedía o limitaba sobremanera la supervisión probatoria de los órganos judiciales de segunda instancia, pues al no haber presenciado ni practicado las pruebas personales, no les resultaba fácil apartarse de la convicción del órgano judicial de la primera instancia. Y así, resulta habitual que los tribunales de apelación argumenten que, a pesar del criterio amplio de control que se proclama en el plano normativo, la supervisión se ve cercenada, sin duda, en la práctica a la hora de fiscalizar la apreciación de la prueba efectuada por el juez *a quo*. Especialmente cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en la prueba testifical, supuestos en los que deben distinguirse las *zonas opacas*, de difícil acceso a la supervisión y control, y las que han de considerarse como *zonas francas*, que si son más controlables en la segunda instancia”.

practicada en primera instancia, para dictar una sentencia en sentido contrario – condenatoria o absolutoria- a la que revisaba de primera instancia²⁹¹.

No obstante, lo cierto es que la sentencia del TC supuso un hito, aunque con alcance distinto al señalado por doctrina y jurisprudencia, que han señalado como consecuencias de la sentencia, o pautas o criterios a tener en cuenta para fijar los límites del control de la apelación las siguientes:

1) La nueva doctrina del TC se refiere sólo a las sentencias absolutorias de primera instancia, pues en las condenatorias el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* siguen permitiendo los mismos niveles de control de las sentencias de primera instancia que hasta ahora cuando se trate de aminorar o excluir la condena impugnada.

2) La restricción de la revisión de las sentencias mediante el recurso de apelación no afecta a las cuestiones jurídicas, con respecto a las cuales el órgano *ad quem* sigue teniendo los mismos niveles de control, toda vez que no requiere de la inmediación ni de la revisión de la valoración de la prueba.

3) Sin embargo, con respecto a las cuestiones fácticas, la limitación de las facultades de revisión se circunscribe a la apreciación valorativa de las pruebas personales²⁹² practicadas en la primera instancia y no en la segunda. También afecta la nueva doctrina a las manifestaciones efectuadas por los peritos en la vista oral cuando se someten a contradicción los dictámenes periciales, instante en que pueden ampliarse y clarificarse a través de las explicaciones que los técnicos proporcionan.

²⁹¹ Tesis que encuentra su apoyo en la propia jurisprudencia del TC. Así SSTC 198/2002, de 28 de octubre, y 41/2003, de 27 de febrero, pues lo cierto es que no resulta factible fragmentar la apreciación de la prueba. Si el tribunal de apelación no puede calibrar la prueba personal no practicada a su presencia que ha favorecido al reo en la primera instancia, no parece razonable ni asumible que, prescindiendo totalmente de ésta, entre a valorar el resto del material probatorio a efectos de una posible condena.

²⁹² Especialmente el interrogatorio del acusado y las declaraciones de los testigos

4) Se excluye la revisión probatoria cuando entre las pruebas practicadas en primera instancia concurren las personales con pruebas de otra índole, como la documentales o las periciales. La unidad del conjunto probatorio impide una nueva valoración de la prueba. Al respecto, JORGE BARREIRO²⁹³ deduce de la sentencia del TC que “que cuando han declarado los acusados o los testigos, lo cual suele ser habitual en el ámbito de la jurisdicción penal, y el resultado favorable al acusado de esta prueba se opone a otras pruebas de carácter documental o pericial, el TC veda la posibilidad de que, sin acudir a la inmediación y la contradicción en la segunda instancia, el tribunal de apelación revise la apreciación probatoria y llegue a conclusiones y decisiones agravatorias para el reo²⁹⁴”, afirmación con la que no estamos del todo de acuerdo, porque parte de una concepción finalística o de resultado: si el resultado va a ser condenatorio o agravatorio, no es posible; sin embargo *sensu contrario*, parece que sí es posible una nueva valoración cuando el sentido del fallo del órgano *ad quem* va a ser el contrario: absolutorio o menos agravatorio. Cuestión distinta sería que se estableciera la limitación de que cuando la sentencia de primera instancia se sustente en pruebas de carácter personal, sólo o acompañadas de pruebas de otra naturaleza, se impida la revisión de la sentencia, pero obviamente ello plantea dos problemas: el sistema de apelación sería más limitado de lo que ya es, y la protección de los derechos de la víctima quedaría todavía más dañado.

B.- SITUACIÓN ACTUAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Según el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015²⁹⁵, "pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

²⁹³ JORGE BARREIRO, A.: «Las sentencias absolutorias ...», *op. cit.*, pág. 70

²⁹⁴ SSTC 19812002, de 28 de octubre, y 41/2003, de 27 de febrero, en las que el TC sienta como criterio que en cuanto concurre una prueba personal que ha favorecido al reo en la primera instancia y no ha sido practicada de nuevo en la segunda, aunque concurren otras pruebas no personales claramente incriminatorias para el acusado, queda ya vedada la posibilidad de condenar en apelación con base en las pruebas no dependientes de la inmediación. Argumento que en cierto modo apoya nuestra tesis.

²⁹⁵ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90220 a 90239

conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad”.

A pesar de las reformas orgánicas de la LO 19/2013, el legislador español no introdujo en la LECrim. el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o por la Sala Penal de la Audiencia Nacional²⁹⁶.

²⁹⁶ No obstante, es cierto que se realizaron diferentes intentos dirigidos a implantar este recurso de apelación. Así, puede verse el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 4/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la segunda instancia penal (2006); el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de abril de 2012 (BCPP)

Ya el Anteproyecto de 2014 propuso la introducción de un nuevo artículo 846 ter en la LECrim., que contenía esencialmente tres disposiciones. De acuerdo con la primera, se procedía a generalizar la segunda instancia penal, dado que se introducía el recurso de apelación contra las sentencias excluidas de este recurso (y determinados autos, los que aprecien falta de jurisdicción y el sobreseimiento libre de las actuaciones). Además señalaba el órgano judicial competente para su resolución: la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respecto de las resoluciones de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. De acuerdo con la segunda disposición, se regulaba la composición del tribunal de segunda instancia para la resolución de los recursos de apelación: debe constituirse con tres magistrados, tanto se trate de la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Y de acuerdo con la tercera disposición, por último, se determinó brevemente por remisión el régimen jurídico de ese recurso de apelación, disponiendo que este recurso se regirá por lo dispuesto en la LECrim. respecto del recurso de apelación contra sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal en el proceso abreviado por delitos.

La instauración efectiva y generalizada de la segunda instancia es una iniciativa que sin duda alguna merece valoración positiva, aunque vaya a tardar mucho tiempo en entrar definitivamente en vigor. Como decíamos, no tenía mucho sentido que las sentencias dictadas en los procedimientos ordinarios, por los delitos más graves, tradicionalmente no tuvieran la oportunidad de acceder a la segunda instancia; sin olvidar el hecho de que la regulación del recurso de casación español conlleva limitaciones muy importantes en lo referente a la revisión del juicio de hecho. Así pues, el texto del Anteproyecto resolvía este primer problema.

Sin embargo, respecto a la necesidad de reordenar la regulación del sistema de revisión de valoración de la prueba en segunda instancia, el texto ya no estaba en condiciones de ofrecer una solución satisfactoria; especialmente en los supuestos de sentencias absolutorias.

Además, como hemos visto, según la doctrina del Tribunal Constitucional, si el juzgador de instancia dicta una sentencia absolutoria tras la valoración con inmediación del acervo probatorio -cuando se trata de medios de prueba personales, como la declaración del acusado, la declaración testifical o las declaraciones en juicio de los peritos-, el tribunal de apelación no puede revocar la sentencia y dictar una sentencia de condena mediante una mera revisión sin inmediación de la valoración de la prueba llevada a cabo en la instancia. Teniendo en cuenta esto, para que el tribunal de apelación pueda efectuar de forma lícita esa revocación del juicio y de la decisión del juez *a quo*, será necesario que se reitere la práctica de la prueba en segunda instancia, para que el tribunal de apelación esté en condiciones de valorar la prueba de la que se deriva la condena con inmediación y que el acusado pueda ejercer en plenitud su derecho de defensa, siendo entonces oído en apelación e interrogando a los testigos que declaren en su contra.

En definitiva, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (por todas, STC 178/2005, de 4 de julio) que en el recurso de apelación deben respetarse las garantías del artículo 24.2 CE, lo cual se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia; pero matizando que esto no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de prueba o la celebración de vista pública, ya que ello dependerá de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar (por ejemplo, la valoración de la prueba documental no precisa de inmediación). Como dijo la STC 167/2002, de 18 de septiembre, "resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora". Así, el Anteproyecto de 2014, debido a la pobre regulación que contenía (únicamente la introducción del art. 846 ter LECrim., al que antes habíamos hecho referencia) no fue capaz de abordar correctamente dicha problemática.

Frustrado el BCPP de 2014, se aprueba la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que sí tiene en cuenta la cuestión a la que acabamos de referirnos

mediante la modificación de los arts. 790 y 792 LECrim., donde se intenta poner de manifiesto el alcance de la revisión del juicio de hecho que puede obtenerse en segunda instancia cuando el recurso de apelación se interponga por una acusación, con la finalidad de modificar la absolución, o que la condena sea agravada.

Así, en primer lugar, se añade un párrafo tercero en el apartado 2 del artículo 790, que queda redactado de la siguiente manera: *"Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada"*.

En segundo lugar, el art. 792.2 queda como se expone a continuación: *"La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que se hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa"*.

Puede observarse que ninguno de los dos preceptos (790.2.III y 792.2 LECrim.) distingue entre pruebas de carácter personal, aquellas a las que se refiere la doctrina del TC, y las documentales o documentadas a las que no afectaría la doctrina del TC más allá de que haya que celebrar una vista para oír al acusado. Así, si tomamos como criterio de interpretación de la norma la doctrina del TEDH y del TC que han provocado la modificación, podemos concluir que la prohibición de condenas o agravamiento de las mismas como consecuencia de un recurso de apelación sólo cabrá cuando haya que valorar las pruebas personales. Por el contrario, si acudimos a una interpretación literal del precepto es evidente que no cabrá el recurso que pretenda la condena o el

agravamiento basado, en general, en el error en la valoración de la prueba. Interpretación más favorable al reo que además evita los problemas que se derivan del hecho de que sea en la segunda instancia donde se produzca la primera condena (al ser la primera debería plantearse la posibilidad de una segunda en la que pudiera revisarse).

Por otra parte, si observamos la redacción del art. 790.2 LECrim., no supone que el Tribunal *ad quem* pueda valorar la prueba y si muestra su disconformidad llegar a anular la sentencia, sino que en ningún caso cabe dicha valoración, de manera que la nulidad sólo puede estar provocada por una clara falta de motivación, bien por la insuficiencia o falta de racionalidad, o por el apartamiento de las máximas de la experiencia, o la falta de razonamiento sobre alguna de las pruebas relevantes²⁹⁷.

La redacción del art. 790.2 LECrim., dará lugar sin duda a interpretaciones muy distintas por las Audiencias Provinciales y los TSJ sobre lo que debe considerarse una correcta motivación fáctica de la sentencia, que ni siquiera podrán resolverse siguiendo las pautas del TS expuestas en la sent. núm. 767/2016, de 14 de octubre: *“Esa salida (la declaración de nulidad) concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim., amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Un recurso basado en el art. 849.2º LECrim., contra reo salvo casos excepcionales sólo podrá llevar a la anulación de la sentencia y no al dictado de segunda sentencia. Debería prosperar tal motivo cuando el error en la valoración del documento constituya algo más que una mera discrepancia. Ha de ser una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. De esta forma los motivos contra reo canalizables por la vía del art. 849.2º vendrían a confundirse con un motivo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva y cobijado en el art. 852. Es aventurado generalizar absolutamente cerrando el paso a toda excepción (v.gr., el error en la percepción de la hoja penal). Pero como premisa general sí pueden sentarse tales postulados”*.

²⁹⁷ En este sentido, CASERO LINARES, L.: “La influencia de las instituciones y tribunales supranacionales en materia de recursos (I). El recurso de apelación tras la reforma por la Ley 41/2015, de 5 de octubre”, en GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles (coord.): *Los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea en el año 2016*”, Wolters Kluwer, Marzo 2017, pág. 10

C.- LO SUPERFLUO DE DISTINGUIR ENTRE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y SENTENCIAS CONDENATORIAS.-

En nuestra opinión, a los efectos de establecer una regulación respetuosa con el derecho a la doble instancia reconocido en el PIDCP –por más que su art. 14.5, sólo se refiera al acusado declarado culpable: “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”-, no es acertado ni tiene demasiado sentido establecer la distinción con base en el sentido de la sentencia de primera instancia: si es condenatoria, un sistema de apelación pleno, y si es absolutoria un sistema de apelación limitada; ni sobre la base del futuro pronunciamiento del tribunal de apelación: si la sentencia va a fallar a favor del reo, o en contra del reo.

Si como hemos visto en la segunda instancia han de respetarse los principios de contradicción e inmediación, además del derecho a un proceso con las debidas garantías, ello debe estar por encima de cuál vaya a ser el resultado de la sentencia. Si los principios informan el proceso, lo hacen desde el principio y no en función del resultado. Pretender que si la sentencia de apelación va a ser menos gravosa para el acusado, no es necesaria la inmediación en la segunda instancia, y que si no se respeta el principio de inmediación no puede ser más perjudicial, en mi opinión, es servirse del principio, utilizándolo de forma interesada en aras de una salvaguarda de los derechos del acusado.

El objeto del recurso de apelación, y por tanto de la segunda instancia, es la sentencia dictada por el órgano *a quo*, con independencia de cuál sea el sentido de la sentencia. Es lógico y razonable que se exija que la resolución recurrida cause gravamen al recurrente, pero no debe regularse un sistema de apelación en función del resultado de la sentencia de primera instancia. Tanto si es absolutoria como si es condenatoria, las partes tienen derecho a la segunda instancia, y por tanto a que la resolución que les es perjudicial sea revisada por un órgano superior e independiente en las mismas

condiciones que el juzgador de primera instancia, en la medida de lo posible, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el jurídico. Más aún, “*si el derecho fundamental afectado es el derecho a un proceso con todas las garantías, es evidente que del mismo son titulares tanto las partes acusadas como las acusadoras (con lo que no cabe argüir como justificación de esa diferencia de trato la doctrina constitucional que proclama la inexistencia de derecho fundamental alguno a la obtención de una condena penal)*”²⁹⁸

En esta segunda instancia deben respetarse todos los derechos de las partes en el proceso, de todas las partes, sean o no acusadas, hayan sido o no condenadas, con especial cuidado, si cabe, en lo que se refiere al acusado para quien se prevén unas garantías reforzadas con respecto de las partes acusadoras.

Los principios que informan el proceso penal aprovechan a todos los afectados, sean o no parte del proceso. La víctima, el ofendido y el perjudicado, tienen derecho a mostrarse parte en el proceso, pero no la obligación de hacerlo. El Ministerio Fiscal defiende un interés público y la legalidad; y el juzgador debe ser imparcial. Y sobre estas premisas debe desarrollarse el proceso culminando con un resultado plasmado en una sentencia, que podrá ser condenatoria o absolutoria, pero en cualquier caso susceptible de error.

Siendo el fundamento de los recursos la falibilidad del ser humano, los afectados por el proceso tienen el derecho a que la sentencia que pone fin al proceso sea revisada cuando les causa un perjuicio, en una segunda instancia en la que igualmente con respeto de los principios que informan el proceso y los derechos de las partes, se dicte una sentencia. Una segunda instancia que debe estar regulada sin hacer distinciones en función del resultado de la primera instancia, y en la que las posibilidades de actuación de las partes sean equitativas y equilibradas, respetando por supuesto, y sin desnaturalizar la función del juzgador de primera instancia. No existe un derecho a obtener una sentencia favorable a unos intereses (tampoco a favor del acusado), sino el derecho a un proceso

²⁹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Apuntes para la urgente ...”, *ob cit.* págs., 1.773 y ss., y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *La segunda instancia ...*, *ob. cit.* pág. 81

público con las debidas garantías que culmine con una sentencia, acertada, sea cual sea su sentido.

Al distinguir entre el recurso de apelación frente a sentencias condenatorias, afirmando que en tal caso el tribunal *ad quem* tiene amplios márgenes de supervisión y revisión de la resolución recurrida en cuanto al favorecimiento del reo, márgenes que no tiene o que son más limitados cuando el recurso de apelación se dirige frente a sentencias absolutorias, porque la revisión en perjuicio del reo imponiendo una condena *ex novo* o agravando la impuesta en primera instancia, puede afectar el derecho a un proceso público con las debidas garantías por vulneración de los principios de inmediación y de contradicción, en nuestra opinión infringe el art. 14 CE conforme al que “*todos los españoles son iguales ante la ley*”. A modo de ejemplo, piénsese que la víctima del delito también puede ser víctima de la falibilidad del órgano jurisdiccional cuando se dicta una sentencia absolutoria, por ejemplo, o no suficientemente reparadora del daño y del perjuicio ocasionado. Está bien, y así debe ser, pensar en el investigado y en el acusado, como hace nuestro sistema procesal “*centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado*”²⁹⁹. Pero siendo así, no hay por qué olvidarse de la víctima, quien normalmente se constituye como acusación particular en el proceso, y que debe disponer de las mismas posibilidades de defensa de sus derechos e intereses que el resto de las partes³⁰⁰: también de las posibilidades de que la sentencia de primera instancia sea revisada en segunda instancia con un órgano *ad quem* que tenga las mismas facultades revisoras con independencia de quién tome la iniciativa de abrir la segunda instancia, del sentido del fallo de la primera instancia, o cuál vaya a ser el de la segunda.

Si el TEDH incide en la relevancia de la inmediación en la segunda instancia cuando se ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del acusado, lo hace con independencia de que el resultado vaya a ser favorable o contrario al acusado. Lo que

²⁹⁹ Apartado II de la EM de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

³⁰⁰ Entendemos que este es el sentido de las palabras que se recogen en el citado apartado II de la EM del Estatuto de la Víctima: “*Efectivamente, con ese foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar*”.

afirma es que no puede condenarse al acusado sin que el tribunal de apelación haya presenciado la práctica de una prueba que necesariamente ha de valorar para dictar una sentencia, sea cual sea el sentido de la sentencia. Más aún, incluso aunque la facultad del tribunal de apelación sea sólo la de revisar la razonabilidad de la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia, para ello es necesario que aprecie la prueba que se ha practicado, con lo que en cualquier caso será necesaria la inmediación. Cuestión distinta, en la que luego entraremos, es si la inmediación tiene que ser necesariamente directa, es decir, si las pruebas deben practicarse en su presencia, o puede ser indirecta, mediante el visionado de la grabación de las pruebas de carácter personal, que en cualquier caso ha de visionar para poder revisar la razonabilidad de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador. Salvo, claro está, se pretenda que la revisión del tribunal de apelación deba limitarse a comprobar si la motivación de la sentencia del juzgador *a quo* es cualitativa y cuantitativamente adecuada.

El conflicto respecto al recurso de apelación encuentra su fundamento, por tanto, en la protección del principio de inmediación otorgada por el Tribunal Constitucional. Se ha acotado el alcance del recurso de apelación basado en el error en la apreciación en la prueba, por la imposibilidad del órgano *ad quem* de valorar las pruebas de carácter personal que no ha presenciado. Es decir, en todo caso el principio de inmediación como garantía constitucional debe extenderse a la segunda instancia con el fin de afianzar un proceso justo con todas las garantías.

La STC núm. 16/2009, de 26 de enero (FJ 5º) precisa que el principio de inmediación es “una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acto de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho”.

El principio de inmediación garantiza que el Tribunal disponga de elementos objetivos y subjetivos suficientes para poder dictar un fallo mediante el conocimiento de los hechos a cuya probanza van destinados los medios de prueba, practicados a su presencia y bajo los principios de contradicción³⁰¹ y publicidad.

Una parte de la doctrina ha criticado, no sin fundamento, la interpretación que el TC hace del principio de inmediación. ANDRÉS IBÁÑEZ³⁰² censura el alcance del principio de inmediación con respecto a las pruebas personales, considerando que la apreciación de elementos subjetivos tales como las dudas o la palidez del declarante están expuestos al igual que los datos objetivos a un posible error de apreciación. VILLEGAS FERNÁNDEZ³⁰³, por su parte, considera que en ningún caso el contacto directo con las pruebas personales garantiza detectar la realidad al ser imperiosa la correspondiente formación psicológica del Tribunal que facilite el estudio de los elementos subjetivos.

Tras los cambios introducidos por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, el art. 743.1 LECrim. preceptúa la grabación de las sesiones del juicio oral. Incluso se faculta a la parte que tiene intención de interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, para con suspensión del plazo, solicitar la entrega de copia del soporte en que el juicio haya sido grabado (art. 791.1 LECrim.), para la mejor fundamentación de su recurso.

Cierto sector doctrinal propone la reproducción de la prueba grabada en el juicio de primera instancia, no exigiendo así la repetición de nuevas pruebas (y por consiguiente, un nuevo juicio), y permitiendo de esta manera que el órgano *ad quem* “presencie” la prueba personal practicada en primera instancia. Criterio que no comparte el TC como

³⁰¹ Como manifestación del derecho de defensa reconocido en el artículo 6.3 del CEDH, y que interpreta el TEDH en la STEDH 6 de julio de 2004 (*Dondarini contra San Marino*)

³⁰² ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 58 – 59

³⁰³ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M.: «¿Es la inmediación judicial causa de indefensión para las partes?», en *Actualidad jurídica*, Aranzadi núm. 776, págs. 12 – 14

expresó en la STC 120/2009 de 18 de mayo³⁰⁴ al considerar que el principio de inmediación exige que concurran en el espacio y en el tiempo el sujeto que declara y el órgano encargado de juzgar el litigio³⁰⁵. Así “cualquier modo de practicarse las pruebas que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”³⁰⁶. Sin embargo, en contra del argumento del TC, podemos alegar que el Juzgador de primera instancia tampoco ha presenciado la prueba preconstituida³⁰⁷

³⁰⁴ La STC 120/2009 otorgó el amparo a los recurrentes y determinó la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de marzo de 2006, que revocaba la sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid del 6 de julio de 2005

³⁰⁵ STC 120/2009 de 18 de mayo FJ 5. Nos recuerda CALDERÓN CUADRADO que hasta hace menos de una década, la postura mantenida por el TC respecto a la inmediación como garantía de justicia era ambigua, sosteniendo que, no obstante su importancia, carecía de trascendencia constitucional independiente, como señalaba la STC 64/1993, de 1 de marzo, en la que insistía que sólo “*la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial*”. Bien es cierto, que a partir de la STC 167/2002, afirma con rotundidad que las exigencias de inmediación y contradicción se integran en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2CE). *Vid.* CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, La Ley, Madrid, 2.011, pág. 259.

³⁰⁶ STC 120/2009 de 18 de mayo FJ 6

³⁰⁷ En el art. 448 LECrim., mediante el empleo de medios técnicos, como la videoconferencia, cuya utilización se permite en el art. 731.bis LECrim. incluso por “razones de utilidad”.

Incluso el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la STEDH de 5 de octubre de 2006 (Caso *Marcello Viola* contra *Italia*), con ocasión del art. 9 del Segundo Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que establece: “*Cuando una persona que se halle en el territorio de una Parte deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otra Parte, esta última, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia, tal como se establece en los apartados 2 a 7*”.

Así el demandante “*se queja de haber sido obligado a participar por videoconferencia en los debates de apelación del segundo procedimiento penal. Invoca el artículo 6.1 y 6.3 del Convenio*”. Argumenta el TEDH en el apartado 54 que “*La comparecencia personal del imputado no tiene por tanto la misma importancia decisiva en apelación que en primera instancia (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989 , serie A núm. 168, pg. 44, ap. 106). Las modalidades de aplicación del artículo 6 en apelación dependen del procedimiento de que se trate; hay que tener en cuenta el conjunto del proceso desarrollado en el ámbito jurídico interno y la intervención en él del Tribunal de apelación (Sentencias Ekbatani contra Suecia de 26 mayo 1988 , serie A núm. 134, pg. 13, ap. 27 y Money y Morris contra Reino Unido de 2 marzo 1987 , serie A núm. 115, pg. 22, ap. 56)*”. Añade en el apartado 65 que “*el Tribunal señala que la participación en los debates por videoconferencia está explícitamente prevista por la Ley italiana, a saber el artículo 146 bis de las disposiciones de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (apartado 19 supra). Esta disposición indica con precisión los casos de aplicación de la videoconferencia, la autoridad competente para ordenarla así como las modalidades técnicas de la conexión audiovisual. El Tribunal Constitucional la juzgó compatible con la Constitución y el Convenio (ver providencia núm. 483/2002 y Sentencia núm. 342/1999 – apartados 20-22 supra)*”. Desestimó la demanda en el sentido de que la “inmediación” por videoconferencia, satisface las exigencias del Convenio, y en concreto de su art. 6.

ni la prueba anticipada, muchas veces de carácter personal, y que se reproduce en el acto de la vista ex art. 730 LECrim., para posibilitar su valoración junto con el resto de las pruebas practicadas en el acto del juicio. El mismo inconveniente que arguye frente a la posibilidad de reproducir la prueba en segunda instancia, podría argumentarse para con la primera instancia. Tal vez la única diferencia esté en la resistencia a permitir y abrir la puerta a un sistema de apelación plena, en el que con independencia del sentido de la sentencia de primera instancia –condenatoria o absolutoria- se permita al tribunal *ad quem* un auténtico *novum iudicium* que le permita la crítica y revisión de los hechos declarados probados mediante el examen y revisión de la valoración de la prueba practicada en primera instancia y la aplicación de la norma sustantiva.

Con las modificaciones operadas por la Ley 41/2015, en realidad, y en nuestra opinión, se llega a configurar un sistema de segunda instancia con desiguales posibilidades de impugnación para las diferentes partes y con una potestad jurisdiccional limitada del tribunal de apelación. De manera que cuando el condenado quiera recurrir la resolución pertinente, podrá fundar su recurso en los diferentes motivos establecidos en el art. 790.2.I LECrim.: quebrantamiento de normas y garantías procesales, infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al fondo y error en la apreciación de la prueba.

Sin embargo, si el recurso de apelación contra la sentencia es formulado por alguna acusación, el recurso únicamente podrá fundarse con amplitud en el quebrantamiento de normas y garantías procesales y en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al fondo, y de forma muy residual en el error en la apreciación de la prueba, dado que la mayoría de los supuestos que el legislador califica como error en la valoración de la prueba en este caso, realmente no lo son, excepto el de alejamiento manifiesto de las máximas de experiencia. Efectivamente, el resto de casos aludidos por el legislador como de error en la valoración de la prueba constituirían, en realidad, supuestos de quebrantamiento de normas y garantías procesales relacionados con algunos derechos fundamentales de naturaleza procesal, dado que la insuficiencia o irracionalidad de la motivación fáctica y la omisión de todo razonamiento sobre alguna prueba practicada relevante o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada, vendrían a ser defectos que estarían íntimamente ligados a determinados derechos

fundamentales procesales, como pudiera ser el derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas, también fácticamente, en cuanto manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), o el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). Así, por ejemplo, en este sentido, la STC 139/2009, de 15 de junio, concedió el amparo solicitado por considerar que la ausencia total de valoración de la prueba pericial admitida y practicada en el proceso *a quo* vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

Afirmábamos lo que consideramos una restricción de la potestad jurisdiccional del tribunal de apelación, y es que en los supuestos en los que recurra alguna parte acusadora impugnando la sentencia de primera instancia con base en el "error en la apreciación de la prueba" el tribunal *ad quem* ya no podrá actuar realmente como un auténtico tribunal de segunda instancia, sustituyendo la valoración de la prueba del juzgador de primera instancia por la propia valoración de la prueba del tribunal de apelación; sino que se limitará a actuar como un simple tribunal de anulación. Esto es lo que contempla la Ley 41/2015, cuando establece que aunque la acusación base su recurso en el error en la apreciación de la prueba, la eventual sentencia de apelación estimatoria no puede condenar al acusado antes absuelto ni agravar la condena del ya condenado; lo único que puede hacer en este caso sería anular la sentencia absolutoria o condenatoria con retroacción de actuaciones, para que sea de nuevo el órgano judicial de primera instancia el que dicte una nueva sentencia sin alejamiento de las máximas de experiencia y correctamente motivada o, en su caso, la nueva celebración del juicio. Lo que no puede hacer el tribunal de apelación es revocar la sentencia por apreciar una valoración de la prueba y dictar la sentencia de fondo que considere ajustada a derecho. Es decir, que el tribunal de apelación tiene el poder de anular la valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial de primera instancia, pero no está habilitado para sustituir la valoración de primera instancia por la suya, lo que restringe de manera importante la potestad del tribunal de segunda instancia. Es por eso que antes hemos dicho que el tribunal de apelación en estos casos viene a ser un mero tribunal de anulación que realiza un “juicio rescindible” con reenvío como sucede con el recurso de revisión penal (art. 958 LECrim.)

Como decíamos anteriormente, la instauración de la segunda instancia de forma generalizada, es plausible, aunque tal como se ha llevado a cabo es, al tiempo, manifiestamente mejorable. Veamos por qué:

Por un lado, puede producirse la quiebra del principio de igualdad de armas procesales, pues una regulación que en principio se encuentra fundamentada en la desigualdad no es la más acorde con el valor de la justicia, especialmente si junto a la posición del acusado contemplamos también la situación de la víctima: las limitaciones en la potestad y ámbito de cognición del tribunal de apelación no parecen acertadas en este supuesto³⁰⁸. El nuevo régimen de apelación se encuentra situado en un sistema penal donde un buen número de los procesos penales son enjuiciados y resueltos en primera instancia por órganos judiciales unipersonales (proceso penal por delitos leves, o procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal), y la colegiación se erige en una garantía necesaria a la hora de ejercer el poder, incluyendo también la potestad jurisdiccional; téngase en cuenta, también, la hipotética mayor experiencia y formación con la que cuenta el tribunal superior de turno.

Por otro lado, el hecho de que la nueva regulación opte por no incrementar las opciones de práctica de la prueba en segunda instancia, no llega a resolver los problemas que se derivan de las exigencias del derecho a un juicio justo en la apelación. Así, no se ofrece una solución al problema que surge cuando, dictada sentencia de condena por el órgano judicial de primera instancia y recurrida la sentencia de condena por el acusado instando una revisión fáctica de la declaración de culpabilidad, la sentencia de apelación únicamente confirma la sentencia condenatoria sin celebrar una nueva vista pública dónde el acusado pueda llevar a cabo su derecho de defensa, resultando además afectado el

³⁰⁸ En este sentido llama poderosamente la atención que la víctima del delito que no se haya personado en el procedimiento, no pueda *a priori* interponer recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, y sí pueda sin embargo recurrir el auto de sobreseimiento, como prevé el artículo 12.2 del Estatuto de la Víctima (“La víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso”); o pueda recurrir las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, como prevé el artículo 13 de su Estatuto.

Decimos que *a priori* porque como defendemos más adelante (vid. *infra* Parte II, Capítulo II.C.II), quien no ha sido parte en la primera instancia, siempre que la sentencia le cause perjuicio, podría formular apelación frente a la sentencia, incluso apelación «reconvencional», personándose en el procedimiento.

derecho a un juicio justo. Y es que, efectivamente, de la jurisprudencia del TEDH se deduce que el requisito de la vista pública como garantía del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) viene a ser exigible respecto de cualquier instancia, grado o recurso en el que resulte admisible un nuevo enjuiciamiento no limitado a cuestiones jurídicas, sino también comprensivo del juicio sobre los hechos, que pueda desembocar en la declaración de culpabilidad o inocencia. Así, como hemos señalado anteriormente, en el caso *Ekbatani* contra *Suecia* se proclama, ya con toda nitidez, que en los procesos penales basta, para dar cumplimiento al art. 6 CEDH, con que se celebre una sola vista pública, la de la primera instancia; salvo que en apelación (o en una eventual tercera instancia) el Tribunal competente conozca de las cuestiones de hecho y de derecho, reexaminando la inocencia-culpabilidad del acusado, porque entonces sí, tendría que haber un segundo juicio oral.

Por tanto, la regulación actual de la práctica de la prueba en segunda instancia es manifiestamente mejorable cuando únicamente permite de forma limitada que se practique nueva prueba en ella. Solamente se permite practicar prueba en segunda instancia en los tres supuestos señalados por el art. 790.3 LECrim.: "En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables".

Al no permitirse en principio que en segunda instancia se reitere la prueba practicada en la primera instancia, se incumple la exigencia derivada de la jurisprudencia del TEDH y de la doctrina del propio TC sobre las exigencias de la inmediación en la apelación penal. No obstante, la posibilidad de repetición de la práctica de la prueba deviene ineludible en caso de recurrir el condenado si en el recurso de apelación resulta admisible el control del error en la valoración de la prueba. Además, la reproducción de la grabación de la prueba practicada en primera instancia es una herramienta que, en principio, puede ser de gran utilidad para el tribunal de apelación a la hora de revisar adecuadamente la valoración de la prueba que se ha practicado en primera instancia, dado que los medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido permiten al tribunal de segunda instancia poder acceder a todos los aspectos comunicativos, verbales y no

verbales, de las declaraciones que se han hecho en la primera instancia³⁰⁹. Pero encontramos el inconveniente salvable ya señalado de que el TC ha declarado que la reproducción de la grabación del juicio oral en segunda instancia no sería verdadera inmediación, y, por consiguiente, no sustituye a la inmediación en la fase de apelación, sin perjuicio, de que la inmediación en segunda instancia -como en la primera- pueda dispensarse cuando concurra causa justificada. Por eso decimos que el inconveniente es

³⁰⁹ La importancia de la grabación de la vista es máxima, toda vez que afecta a la debida documentación de las actuaciones judiciales del proceso, encomendada en nuestro ordenamiento jurídico al Letrado de la Administración de Justicia (art. 454.1 LOPJ, art. 148 LEC; y art. 6 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales –ROCSJ, en adelante-, aprobado por RD 1608/2005, de 30 de diciembre) quien recibe la ayuda del personal perteneciente al cuerpo de Auxilio Judicial en la custodia de las actuaciones escritas y en la comprobación del correcto funcionamiento de los medios técnicos que han de registrar actos orales (art. 478, letras d) y f) LOPJ), sin perjuicio de la supervisión última que, como cualquier otra actividad desarrollada dentro del órgano judicial, le corresponde a su titular (art. 165 LOPJ). El producto de esa actividad de documentación se configura como fuente auténtica de la realidad de lo actuado, gracias a la fe pública emanada del Letrado de la Administración de Justicia, quien a tal efecto deja “constancia fehaciente” de lo que presencia (arts. 453.1 LOPJ; 145.2 LEC y 5 del ROCSJ). En este sentido, respecto de las actuaciones testimoniadas, por ejemplo, tiene dicho el TC que “*resulta correcto el adagio quod non est in actis, non est in mundo, es decir, lo que no está en las actuaciones, no existe*” (STC 32/1999, de 8 de marzo, FJ 5). Así respecto a la grabación de la vista oral en los procesos penales (art. segundo, apartado 95, de la Ley 13/2009, que reforma a tales efectos el art. 743 LECrim.) —el esquema regulador, en todo caso, se reitera en las normas relativas a los demás órdenes—, se dispone que si el Letrado de la Administración de Justicia cuenta con los medios tecnológicos necesarios, “garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías”, lo que hace innecesaria su presencia en la Sala así como de tener que levantar acta, salvo ciertas excepciones (art. 743.2 LECrim). Señala la STC 55/2015, de 16 de marzo, que “*el levantamiento de acta detallada de la vista se convierte por tanto en un supuesto de excepción, que se emplea únicamente cuando la grabación no resulta posible y tal eventualidad es conocida antes o en el momento de abrirse la sesión, en cuyo caso el acta del Secretario habrá de recoger “con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas”* (art. 743.4 LECrim.). Al margen de su extensión, el acta ha de levantarse siempre “por procedimiento informático”, salvo que el órgano judicial carezca de tal medio técnico (art. 743.5 LECrim.). Con estas previsiones legales, el soporte de grabación audiovisual ha venido a desplazar al acta escrita como medio de documentación de las actuaciones orales en todos los órdenes de la jurisdicción, superando las tradicionales limitaciones de esta última. Interesa añadir, en fin, que la misma Ley 13/2009 modificó también el apartado 6 del art. 788 de la LECrim., a fin de prever que en el proceso abreviado, “cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley”.

El propio TC, aunque con respecto al acta escrita, pero extrapolable a la grabación audiovisual, ha resaltado la importancia de la documentación de la vista en orden a la verificación de la existencia de prueba de cargo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): “*El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que ... ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente*” (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 4). Debe concluirse que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

salvable, además de que el TC puede reinterpretar de una forma más acorde con el derecho a una auténtica segunda instancia que no se ve satisfecha cuando el tribunal de apelación en muchos casos quedará como un mero tribunal de anulación. Igual que no ha habido inconveniente para, a pesar de su dilatada en el tiempo insistencia en que el sistema de recursos español satisfacía el derecho a la segunda instancia, modificar su criterio y dar cabida en la nueva regulación resultante de la Ley 41/2015, a un recurso de apelación en los procedimientos por los delitos más graves que colme el derecho a la segunda instancia que satisfacía la regulación del recurso de casación.

Efectivamente, en su momento se suscitó la cuestión sobre si el visionado de la grabación del acto del juicio oral puede ofrecer al órgano judicial que conoce de la apelación por sí solo, las garantías exigibles para revocar la sentencia de instancia sobre la base de una valoración diferente de la prueba personal que se practicó. Tanto la STC 120/2009, de 18 de mayo, como la STC 2/2010, de 11 de enero, expresamente se llegaron a plantear si las garantías de inmediación y contradicción quedaron colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia. El TC concluyó que las Salas quedaron privadas de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal -desde el prisma de la credibilidad de los declarantes- al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas.

No obstante, ambas resoluciones del TC admiten la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, pero siempre en el marco de una vista o audiencia pública contradictoria y en dos supuestos: 1º) cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce (y uno de los modos es mediante el visionado de la grabación audiovisual), en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración; y 2º) en caso de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente (como es la reproducción de la

grabación audiovisual) que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador.

La reproducción de la grabación del juicio en segunda instancia no supone intermediación directa, pero sí al menos de forma indirecta, pudiendo ser la excepción que el propio TC contempla en sus resoluciones cuando la supedita a la concurrencia de causa justificada y legalmente prevista³¹⁰. Máxime cuando, como hemos defendido, el tribunal de apelación tiene la facultad de revisar la razonabilidad de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador *a quo* y ello sólo es posible mediante la reproducción de la prueba practicada en la instancia. Entendemos que esta posibilidad cumple las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y con el derecho a un proceso justo y equitativo (art. 6.1 CEDH) así como con la jurisprudencia del TC y del TEDH. Así pues, hubiera sido deseable que la generalización de la segunda instancia contemplada por la Ley 41/2015 se hubiera acompañado de una nueva y diferente redacción del art. 790.3 LECrim., de forma que se introdujera como nuevo supuesto de prueba en apelación, junto con los vigentes supuestos tradicionales, la reproducción de la practicada mediante el visionado de la grabación del juicio, de la misma forma que se reproducen las pruebas personales practicadas como preconstituidas. De esta forma se

³¹⁰ Se ha planteado la objeción referida a los casos en los que la grabación del juicio es deficiente tanto en imagen como en sonido, supuesto que aunque tangencialmente se trata en la STS 1000/2016, de 17 de enero de 2017. La grabación del juicio oral, que como hemos visto en la nota anterior, sustituye la tradicional acta del juicio (véase al respecto CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de inmediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011), que se regula en el art. 788.6 LECrim. en el juicio oral del Procedimiento Abreviado, modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y que se remite íntegramente al procedimiento ordinario al indicar que “*En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley*”. El aludido art. 743 LECrim., en la redacción actual, establece: “*1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen*”. La relevancia del acta, ahora grabación, ha llevado en ocasiones al TS a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha llevado a cabo la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción (STS 26 de abril de 1989). Es decir, que la grabación defectuosa no es en sí un obstáculo para la intermediación “indirecta”, sino una posible causa de nulidad de actuaciones por imposibilidad de la reconstitución de actos. En los casos en que la grabación sea tan deficiente que impida al tribunal *ad quem* apreciar debidamente su contenido, debe procederse a la repetición del juicio oral. Debe entenderse, en nuestra opinión, que tal defecto de grabación impide también al tribunal *ad quem* ejercer la facultad de revisar la correcta valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador *a quo*.

Hay otra objeción, aunque igualmente salvable técnicamente: los casos en que alguna de las pruebas de carácter personal se practica en el acto del juicio mediante el sistema de videoconferencia. Objeción igualmente salvable incorporando a la grabación del acto del juicio oral, la grabación de la videoconferencia practicada, lo que se está haciendo en la práctica actualmente.

hubiera ofrecido una solución válida hacia las frecuentes anulaciones de sentencias penales de condena en segunda instancia por el TC y por el TEDH.

A nuestro juicio, es un desacierto que el legislador no haya entrado en el debate sobre la reforma del modelo de apelación, por lo que la segunda instancia mantiene el carácter de apelación limitada y no de apelación plena, tal y como acontece en el sistema alemán. En nuestra opinión, un sistema de apelación más cercano al de la plena respetaría las garantías de todas las partes del proceso, aunque tal vez incrementaría el coste económico del modelo, que se compagina mal con una reforma coste cero, tal y como establece la disposición adicional única de la Ley 41/2015: “Las medidas establecidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal”.

Por otra parte, ¿qué ocurre entonces si es el acusado el que interpone el recurso solicitando una revisión de la condena? Porque lo cierto es que el TEDH en ningún momento ha declarado que únicamente deban respetarse las garantías procesales en la fase de apelación cuando verse sobre la revisión de un fallo absolutorio del acusado. Es más, a pesar de haber puesto especial atención el TEDH en la exigencia de celebración de la vista ante la revocación de una absolución³¹¹; también ha considerado vulnerado el art. 6. 1 CEDH en supuestos que versaban sobre la revisión de condenas³¹².

La doctrina establecida a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, ha seguido suponiendo para los Tribunales de apelación un persistente sentimiento de incertidumbre, restringiendo la revisión de fallos absolutorios en primera instancia basadas en pruebas de carácter personal que requieren de inmediación judicial, con respecto de los que lo único que cabe en su caso es la anulación. Como afirma RICHARD GONZÁLEZ, “las consecuencias de la jurisprudencia del TC en esta materia son devastadoras al impedir que los Tribunales de segunda instancia cumplan con su función

³¹¹ *Ad exemplum*, la STEDH de 27 de junio de 2000 (*Constantinescu contra Rumanía*)

³¹² Entre otras, cabe destacar las SSTEDH 25 de junio de 2000 (*Tierce y otros contra San Marino*); de 15 de julio de 2003 (*Forcellini contra San Marino*) o la de 29 de septiembre de 2009 (*Lajos Kiss contra Hungría*)

para proveer conforme a derecho a las peticiones contenidas en los recursos de apelación especialmente las referentes a la impugnación por error en la valoración de la prueba”³¹³. Además, y como estamos defendiendo resulta contrario al art. 14 CE otorgar un trato disímil a las sentencias de primera instancia absolutorias y las que contienen un fallo condenatorio.

La solución seguida por el legislador consiste en que el recurrente disponga de la posibilidad de proponer al Tribunal de apelación la celebración de una vista y la práctica de nuevas pruebas con audiencia del acusado. Al presenciar en tal caso el Tribunal de apelación la prueba, no se vulneraría el principio de inmediación, pero sólo con respecto de las pruebas practicadas directamente ante el tribunal de apelación, porque al no permitirse la repetición de las pruebas de la primera instancia, ni otorgarle eficacia de inmediación a la reproducción de la grabación del juicio oral, difícilmente el tribunal de apelación va a poder valorar las pruebas en su conjunto para dictar una nueva sentencia, y difícilmente va a poder contradecir la valoración del juzgador de la instancia. Olvida el legislador que de acuerdo con el art. 790.3 LECrim, no es viable la repetición de las pruebas realizadas en primera instancia; restringiendo la práctica en segunda instancia a supuestos excepcionales ya detallados con anterioridad.

Es evidente el peligro inherente que supone la repetición de un nuevo juicio en segunda instancia, ya que deja de ser un juicio de naturaleza revisora y pasa a convertirse en un nuevo juicio con distinto objeto que atenta contra los principios de la apelación. Es ilógico convertir al órgano encargado de revisar las sentencias en un nuevo Tribunal con un juicio completamente diferente; con el tiempo y el gasto que ello conllevaría (cuestión relevante, ante las dilaciones en los procedimientos judiciales españoles y la endémica carencia de medios constantemente denunciada). En esta línea se pronunciaba el Anteproyecto de LECrim del 2011, que, en su Exposición de Motivos, declaró que “la doctrina procesal y la propia experiencia del sistema alemán de doble enjuiciamiento ponen de relieve que son mayores los inconvenientes y desventajas del sistema pleno que

³¹³ RICHARD GONZÁLEZ, M.: «Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal», en *La Ley* 81/2013. Nº 8014. 1 de febrero de 2013

los derivados del sistema limitado. La apelación plena conduce, por una parte, a que las partes se reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia, sirviendo el primer enjuiciamiento para tantear o explorar las posibilidades del contrario. Por otra parte, en el segundo juicio, la dinámica de los testimonios pierde su espontaneidad; los intervinientes tienden a reproducir -o a reconstruir, según sus intereses- lo narrado en el juicio anterior, dejando de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos. La virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad se ve, de este modo, reducida en las dos instancias, en un caso por la omisión de las pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido”.

Además, repetir el interrogatorio implica que las partes conocen qué alegaron los sujetos, y disponen de ciertos datos que les otorgan ventaja o la posibilidad de alterar la declaración. El paso del tiempo conlleva una pérdida relevante de la espontaneidad de las declaraciones al estar los hechos lejos en el tiempo; “repercutiendo en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes”³¹⁴. Al mismo tiempo, hay que destacar la dificultad de establecer qué prueba debe volver a practicarse en apelación; acabando las partes por solicitar la repetición de todas las pruebas practicadas en primera instancia³¹⁵. Instaurar un modelo de apelación plena semejante al adoptado en Alemania desvalorizaría por tanto el valor del juicio en primera instancia, perdiendo todo su sentido el juicio en primera instancia.

El legislador no podía negar la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias absolutorias en primera instancia, porque implicaba vulnerar el derecho de igualdad de

³¹⁴ JORGE BARREIRO, A.: «Las sentencias absolutorias ...», *op. cit.*, págs. 73 – 74.

³¹⁵ Tal opción ha sido escogida por diversas Audiencias Provinciales, tales como la AP de Madrid o la AP de Navarra.

En contra, CALDERÓN CUADRADO expresa su opinión favorable a la repetición en segunda instancia de la práctica de los medios personales de prueba, entendiendo que la repetición de la prueba personal esencial para el fundamento del fallo es una solución óptima que siguen los ordenamientos alemán e italiano con total normalidad, siendo insuficiente el optar únicamente por la reproducción de los interrogatorios celebrados en la instancia ya que el juzgador ha de encontrarse en una situación de coincidencia temporal y espacial respecto al interrogado, de manera que pueda no sólo analizar lo que dice en el momento del interrogatorio, sino además observar su conducta, sus reacciones, y en definitiva, cuál de los testimonios es fiable, si es que alguno de los dos lo es (CALDERÓN CUADRADO, M.P: *La segunda instancia ...*, ob. cit., págs. 72-74. En el mismo sentido, MONTÓN REDONDO, A., MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 21ª edición, Valencia, 2.013)

las partes y de tutela judicial efectiva que les otorga la facultad de obtener una respuesta fundada en derecho por parte del Tribunal superior. Además implicaría marginar y negar el derecho al recurso de las víctimas en la búsqueda de justicia por el carácter firme e inalterable de las sentencias absolutorias ante el error en la valoración de las pruebas de carácter personal que exigen inmediación³¹⁶.

La interpretación que seguía el TC, además, no comportaba solamente consecuencias nocivas para la parte acusadora; también suponía peligros y consecuencias adversas para las garantías procesales del acusado. En efecto, algunas Audiencias permitieron a la parte acusadora la práctica de nuevas pruebas para la revisión del fallo absolutorio (es decir, procediendo a un nuevo juicio); mientras que el acusado que solicitaba la revisión de su condena en primera instancia y al que se le reconoce como verdadero sujeto titular del derecho al doble grado de jurisdicción (no reconocido a la parte acusadora) sólo podía solicitar que fuera revisado el carácter racional y razonable del pronunciamiento del Tribunal *a quo*³¹⁷. Con la actual cuando la parte acusadora intente la revocación de una condena absolutoria o agravación de la condena, deberá fundamentar su impugnación con base en lo establecido en el art. 790.2 LECrim; es decir, en “la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

Así, la sentencia de apelación no puede condenar al sujeto absuelto en la primera instancia o agravar la sentencia condenatoria impuesta incurriendo en error al valorar las pruebas. Se permite anular la sentencia del Tribunal *a quo* por parte del Tribunal superior,

³¹⁶ Esta postura más extrema, ha sido adoptada en diversas sentencias tales como SAP Sevilla Sección 1ª 305/2007 de 28 de mayo; SAP Barcelona Sección 20ª 427/2007 de 3 de mayo; SAP Madrid Sección 6ª 42/2007 de 6 de febrero o la SAP Guipúzcoa Sección 2ª 2032/2007 de 18 de mayo entre otras.

³¹⁷ ALCÁCER GUIRAO, R.: *El derecho a una segunda instancia ...*, op. cit.: “No creo que pueda discutirse la anterior afirmación: que un modelo de repetición de juicio abre más posibilidades de revocación del pronunciamiento de instancia que uno restringido a revisar la corrección lógica y coherencia del razonamiento probatorio efectuado por el órgano a quo”. Vid. las interesantes reflexiones de CALDERÓN CUADRADO, M.P.: «Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1996.

devolviendo las actuaciones al órgano inferior cuya resolución ha sido recurrida en apelación, con indicación en todo caso de si la nulidad abarca el juicio oral, y si debe procederse a una nueva composición del órgano de primera instancia en aras de defensa del principio de imparcialidad³¹⁸. Pero ello no convierte al tribunal de apelación en una auténtica segunda instancia en el caso de que lo recurrido sea una sentencia absolutoria.

Si para la jurisdicción civil decíamos que el legislador había optado por el sistema de apelación limitada, con alguna pequeña concesión al sistema de apelación plena, en la jurisdicción penal también se acoge el sistema de apelación limitada, pero más limitada si cabe, valga la expresión. Las particularidades de uno y otro sistema pueden resumirse en que mientras que la apelación plena representa un *novum iudicium*, una continuación de la primera instancia en el sentido de que se «reanuda» la discusión y enjuiciamiento de la relación jurídico-material controvertida, disponiendo las partes de actos procesales de naturaleza alegatoria y probatoria semejantes a los de la primera instancia, el sistema de apelación limitada no es más que una *revisio prioris instantiae*, cuyo fin es controlar la actividad procesal desarrollada por el órgano *a quo* y la corrección de la sentencia de fondo³¹⁹.

Como señala DE LA OLIVA SANTOS, el sistema de apelación puede concebirse con un amplio marco de posibilidades que se sitúan entre dos extremos: como un proceso nuevo, con la posibilidad de formular alegaciones y proponer pruebas como si de un primer proceso se tratase, sin limitaciones provenientes de lo alegado y probado en la primera instancia. Por tanto se admitirá el cambio en la fundamentación de la pretensión

³¹⁸ Art. 792. 2 Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Sobre las modificaciones introducidas en materia de recursos vid. ARMENTA DEU, T.: «La reforma de los recursos en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; generalización de la segunda instancia; ampliación del recurso de casación e incorporación de las resoluciones condenatorias del ESDDHH». En: FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.. 415 a 443

³¹⁹ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El recurso de apelación ...*, op. cit., pág. 133. No obstante, la identificación no es exacta, pues como señala ARAGONESES ALONSO, no puede afirmarse que exista una identificación o paralelismo absoluto entre el *novum iudicium* y la apelación plena y la *revisio prioris instantiae* y la apelación limitada, aunque indudablemente están conectados pero no identificados miméticamente. Vid. ARAGONESES ALONSO, P.; GISBERT POMATA, M.: *La apelación en los procesos civiles ...*, op. cit., pág. 101.

o, al menos, aducir hechos y procurar probarlos sin limitación alguna, incluso con repetición de las ya realizadas. Y en el extremo opuesto, se concebirá para la exclusiva revisión del juicio jurídico determinante de la primera instancia, pero sin posibilidad de revisar el juicio fáctico³²⁰.

En nuestro ordenamiento se entrecruzan elementos definitorios de ambos sistemas que se reflejan en las posibilidades de alegación fáctica y de prueba en segunda instancia, y en las facultades del órgano *ad quem*. Incluso nuestros Tribunales acuden a ambas expresiones de forma continua, bien es cierto que con gran incorrección o desconocimiento básico, en función de que una u otra se acomode más o menos al supuesto que tienen que resolver³²¹.

En el procedimiento abreviado, conforme a lo dispuesto en el artículo 790.2 LECrim. el recurso de apelación puede fundarse en el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, en el error en la apreciación de las pruebas, y en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Desde el momento en que el legislador hace un catálogo de motivos en los que puede fundarse el recurso está configurando un sistema de apelación limitada, que no se desvirtúa por la amplitud de los motivos que hacen que en apariencia el órgano *ad quem* tenga plenas facultades para revisar lo realizado por el órgano *a quo* tanto en la aplicación de la norma procesal y/o sustantiva, como en la valoración de la prueba practicada en la primera instancia³²². Decimos que en apariencia, porque entre otros factores o limitaciones, el órgano *ad quem* no se encuentra en la misma posición con respecto a la práctica de la prueba en la primera instancia: no se produce la inmediación directa con respecto a su práctica –al menos plena-, por lo que en

³²⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Curso de Derecho Procesal Civil II ...*, ob. cit. pág. 280.

³²¹ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El recurso de apelación ...*, op. cit. pág. 134 contiene una interesante recopilación de algunas sentencias en este sentido.

³²² De ahí que se afirme que el órgano *ad quem* se encuentra en la misma posición del órgano *a quo* y con plenas facultades para revisar las cuestiones de hecho y de derecho. En este sentido, Vid. SSTC 43/1997, de 10 de marzo; 172/1997, de 14 de octubre; 120/1999, de 28 de junio; 167/2002, de 18 de septiembre; 200/2002, de 28 de octubre, citadas por TOMÉ GARCÍA, J.A., *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2.013, pág. 24.

interpretación del TC³²³ falta un elemento esencial para la valoración, que tampoco viene a suplir, al menos no del todo, conforme al criterio del TC, la introducción de los medios tecnológicos de grabación de imagen y sonido³²⁴.

³²³ STC 120/2009, de 18 de mayo. No obstante, en palabras de MAGRO SERVET, aunque referidas a la utilización del sistema de videoconferencia, y por tanto, *mutatis mutandi*, “*las críticas a las innovaciones vienen a veces amparadas por una errónea alegación de que se cercenan los derechos fundamentales, cuando en realidad éstos sí que son verdaderamente cercenados cuando se adoptan posturas inmovilistas que no nos permitirían avanzar en la mejora de los servicios públicos que repercuten en beneficio de los ciudadanos*” (Cifr. MAGRO SERVET, V.: *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, Madrid, La Ley, 2009, pág.492)

³²⁴ Como señalábamos en los antecedentes, esta posibilidad se introdujo por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en cuyo art. 10.8ª se contemplaba por primera vez la posibilidad de que el *acta del juicio* pudiera ser complementada por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita, de cuya autenticidad pudiera dar fe el Secretario.

Algunos autores se manifiestan favorables a la revisión en segunda instancia de la valoración de las pruebas personales practicadas en la primera, mediante el visionado de la grabación del juicio [CONDEPUMPIDO TOURÓN, C.: «El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencia de apelación penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial* (CGPJ), núm. 15, 2003, págs.. 13 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: «Las sentencias absolutorias ...», *op. cit.*, págs.. 67 y ss.; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R.: «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia penal y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», en *Cuadernos de Derecho Judicial* (CGPJ), núm. 15, 2003, págs.. 289 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 647, 2004, publicado en Westlaw Aranzadi (BIB 2004/1773)]. Y aunque este es el criterio recogido en el Anteproyecto de Ley de 2005, el CGPJ en su informe rechazó la propuesta con base en los mismos argumentos utilizados por el TC con remisión expresa a la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo en las STC 120/2009, de 18 de mayo y 2/2010, de 11 de enero. El Informe del CGPJ puede consultarse en la siguiente dirección., y del que extractamos lo más interesante de sus argumentos en contra:http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/025.05_1.0.0.pdf.

“Finalmente, queda por analizar la cuarta posibilidad, que es la que se asume en la reforma, previendo el art. 790.3 proyectado que el recurrente que fundamente su apelación en el error en la apreciación de las pruebas de carácter personal vinculadas al principio de inmediación, podrá solicitar la reproducción ante el tribunal ad quem de la grabación de la práctica de la prueba practicada en primera instancia, disposición que ha de ponerse en relación con la del último párrafo del apdo. 1 art. 791, conforme al cual la celebración de vista será obligatoria siempre que, solicitada por alguna de las partes, se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una grabación de la pena impuesta al condenado, siendo éste el único supuesto en que la celebración de vista es preceptiva.

Esta fórmula, que aspira a no distorsionar el sistema de apelación limitada y a la vez a permitir la nueva valoración de las pruebas personales sin necesidad de que reproduzcan de forma real en segunda instancia, no puede considerarse satisfactoria por presentar las siguientes objeciones:

1º Es claro que la visión y escucha de una grabación no proporciona al juzgador las mismas impresiones que la realidad objeto grabación, por lo que ambos tribunales participan de distinto grado de inmediación, en perjuicio del que tiene la última palabra. En palabras del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004: «Ni siquiera la grabación videográfica de juicio de instancia, sería suficiente, porque son imágenes del pasado, que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente, con una disección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala, a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia».

2º En todo caso, la grabación no serviría para poner de manifiesto errores de valoración en la formación en conciencia de la íntima convicción por el tribunal, sino únicamente errores crasos y palmarios de percepción sensorial por parte del juzgador a quo respecto al resultado objetivo de la prueba practicada, errores por lo general inusuales y además insólitos tratándose de tribunales colegiados.

3º Aun exigiéndose al recurrente la imprescindible identificación del error y el punto exacto de la grabación donde pudiera ser localizado, se correría el peligro de que lo manifestado en el juicio oral pudiera ser objeto de tratamiento selectivo y aislado para mostrar aparentes errores de percepción, sacando así de

Es decir, las facultades de revisión por el órgano *ad quem* son “plenas”, pero sólo con respecto y sobre la base de lo actuado en primera instancia, sin que exista la posibilidad de introducir por vía de recurso nuevas pretensiones ni de plantear cuestiones nuevas con respecto de las que fueron objeto en la primera instancia. Como consecuencia de esta limitación, tampoco cabe la posibilidad genérica de practicar prueba en segunda instancia. Tanto en práctica de prueba en segunda instancia, como en el análisis de cuestiones nuevas, existen excepciones³²⁵, pero que distan mucho de desvirtuar el carácter limitado del sistema de apelación acogido por el legislador³²⁶. Y además, se encuentra

contexto pasajes de la prueba que son objeto de valoración conjunta por parte del tribunal de primera instancia.

4º Al ser preceptiva la celebración de vista únicamente en el caso de que el recurso se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o de agravación de la pena impuesta al condenado, se llega a la conclusión de que el condenado carece del mismo derecho a que se celebre vista en apelación.

Reconociendo que el régimen de celebración de vista que adopta la reforma responde cabalmente a la doctrina del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho referencia y que arranca de la STC 167/2002, sentada en casos de revocación en segunda instancia de sentencias absolutorias de primera instancia tras una nueva valoración de las pruebas personales sobre lo escrito en el acta del juicio, se observa que si lo que está en juego es el derecho a un proceso con todas las garantías, que es independiente del sentido del fallo y en el que se inserta la inmediación como una de las formas del juicio oral, la vista debía ser también obligada en casos de impugnación de sentencias condenatorias, pues el Tribunal Constitucional distingue en estos casos entre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías —del que es titular el reo con independencia del sentido del fallo— y la del derecho a la presunción de inocencia, produciéndose la de este último si los medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas en las que se fundamenta la condena del acusado absuelto en primera instancia.

La regulación proyectada abre la posibilidad legal, discriminatoria para los condenados, de que los tribunales de apelación no celebren vista en los casos de impugnación de sentencias condenatorias y que la falta de inmediación les impida proceder a una revisión de las pruebas personales practicadas en primera instancia.

5º Es de suponer que las partes harán uso de esta posibilidad que les brinda la ley, por lo que es previsible el colapso de los tribunales de segunda instancia si han de dedicar a cada recurso de apelación un tiempo no muy inferior al empleado por los tribunales de primera instancia, ya que la mayor parte del tiempo invertido en los juicios orales que se consume en la práctica de pruebas personales. Este riesgo sólo se evitaría aumentando el número de tribunales de apelación aproximándolo al de tribunales de primera instancia”.

³²⁵ En concreto en cuanto al planteamiento de cuestiones nuevas en la segunda instancia, la limitación decae en cuanto a la infracción de derechos fundamentales, apreciables incluso de oficio, o en la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se desprendan del propio contenido fáctico de la sentencia recurrida (STS 27 de enero de 2006; SAP Málaga núm. 103/2000, de 23 de marzo; SAP Barcelona de 19 de marzo de 2001; SAP Ciudad Real núm. 33/2002, de 27 de febrero; SAP Sevilla núm. 258/2006, de 20 de abril; SAP Islas Baleares núm 296/2006, de 27 de septiembre, entre otras).

Respecto a la práctica de prueba en la segunda instancia, la limitación decae en los supuestos previstos en el art. 790.3 LECrim.: “*En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables*”.

³²⁶ Lo que en ningún caso se puede es practicar en segunda instancia las mismas pruebas practicadas en la primera.

limitado el órgano *ad quem* por dos principios esenciales³²⁷: el de la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que no hayan sido objeto de impugnación en el recurso («*tantum devolutum, quantum appellatum*»), y el principio de la prohibición de la llamada *reformatio in peius*.

Por ello, sin defender un sistema de apelación plena, sí propugnamos un sistema de apelación limitada más amplio que el establecido por el legislador de 2.015, si bien aplaudimos la generalización de la segunda instancia –cuando se haga efectiva de verdad, ante la entrada en vigor “en diferido” que prevé la Disposición Transitoria Única-, en el que no se establezcan condicionamientos diferenciados a las partes del proceso en función de su posición procesal y en el que se permita que el tribunal *ad quem* sea un auténtico tribunal de apelación, que pueda llevar a cabo un *novum iudicium* con las limitaciones propias del respeto a la función jurisdiccional de los juzgadores de primera instancia, con facultad revisoria tanto fáctica como jurídica, respetuoso con los principios de contradicción e inmediatez, quedando satisfecho éste último por la inmediatez indirecta con respecto de las pruebas de carácter personal practicadas en la instancia, que se satisface con la reproducción de la grabación del juicio.

Para ello habría que modificar la redacción llevada a cabo por el legislador con la Ley 41/2015, en el sentido de modificar el párrafo III del art. 790.2 LECrim, eliminando la distinción de la parte acusadora, de manera que: “*Cuando la parte recurrente alegue error en la valoración de la prueba será preciso que justifique la insuficiencia o la falta*

³²⁷ SAP Las Palmas de 24 de febrero de 2016: “Este Tribunal tiene también declarado en relación con el recurso de apelación civil que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (art. 862 y 893 LEC 1881 y 456.1 y 460 LEC 2000), como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, 3 tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum "quantum" appellatum*). En otras palabras, el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que en virtud del principio *tantum devolutum "quantum" appellatum* sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 139/2002, de 3 de junio, FJ 2; ATC 132/1999, de 13 de mayo; ATC 121/1995, de 5 de abril)” El mismo criterio se mantiene en la actualidad: STS Sala Civil de 16 de noviembre de 2.016.

de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. Además será preciso que solicite la reproducción de la grabación del juicio oral ante el órgano a quien esté atribuido la decisión del recurso, con expresión de los pasajes de la grabación cuya reproducción interesan”. De esta manera no se hace distinción entre parte acusadora y parte acusada, ni entre recurrente inicial y recurrente «reconvencional», estando facultados todos los legitimados para la interposición del recurso para alegar el error en la valoración de la prueba, y además el señalamiento de los pasajes de la grabación del juicio cuya reproducción solicitan en el acto de la vista facilitará la labor del tribunal de apelación, sin perjuicio de la obligación de este de proceder al visionado de la totalidad del juicio oral.

El art. 791.1 LECrim. quedaría redactado de la siguiente manera, para posibilitar la contradicción efectiva ante el tribunal *ad quem*: “*Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o solicitud de reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará que el Letrado de la Administración de Justicia señale día para la vista que será preceptiva. En la vista se practicarán los medios de prueba que hubieren sido admitidos, y se procederá a la reproducción de la grabación en los pasajes que las partes propongan y los que el tribunal considere, sin perjuicio de la obligación del tribunal de proceder al visionado completo de la grabación con anterioridad a la celebración de la vista, de lo que levantará acta el Letrado de la Administración de Justicia*”. De esta manera siempre que se haya recurrido la sentencia por error en la valoración de la prueba, el tribunal *ad quem* deberá visionar la grabación del juicio de primera instancia, y celebrar vista en la que como hemos indicado se reproducirán los pasajes que interesa a las partes para defender sus alegaciones, sin perjuicio, de la obligación del tribunal *ad quem* de proceder al visionado de la totalidad de la grabación, pues solamente así podrá, con inmediación, aunque indirecta, resolver sobre la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador *a quo*.

El apartado 2 del art. 792. LECrim. se eliminaría. El tribunal de apelación tiene plenas facultades revisoras sobre lo actuado y está en la misma posición que el Juzgador

de primera instancia con respecto a la prueba practicada, además de la prueba propuesta y admitida para su práctica en la segunda instancia.

Habría que introducir un apartado 6 en el art. 792 LECrim. referido a la sentencia de apelación, en el que se establezca la imposición de costas a la parte conforme al criterio seguido por la LEC en el art. 394. El vencimiento objetivo. Bastaría para ello: “6.- *La sentencia contendrá en todo caso pronunciamiento en costas que serán impuestas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*”. Serviría de medida disuasoria.

Por último, habría que establecer la inmediata entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la Ley 41/2015 con respecto al recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia, de manera que sean recurribles, con independencia de la fecha de incoación del procedimiento en que se produzcan, las resoluciones contempladas en el artículo 846.ter LECrim. que se dicten con posterioridad al día 6 de diciembre de 2015, es decir, los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias de las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia. Esto es, habría que dejar sin efecto el apartado 1 de la Disposición Final Única de la Ley 41/2015, de manera que fuera realmente aplicable el principio *tempus regit actum*.

CAPÍTULO II

LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN

A.- JUSTIFICACIÓN DE LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN

Hemos recordado que, tradicionalmente, con la expresión adhesión al recurso podíamos referirnos a la intervención adhesiva en el recurso de otro, propia del coadyuvante o tercero ayudador que se encuentra en comunión de intereses con el apelante principal; y que en otro sentido puede hacer referencia a esa institución típica de nuestro proceso civil, según la cual se permite a quien no interpuso oportunamente el recurso, deducirlo tardíamente aprovechando el recurso de la otra parte, al cual *se adhiere en propio interés*, y para defender pretensiones propias e incluso contrarias a las de quien recurrió oportunamente³²⁸. En este sentido, por la adhesión al recurso o apelación «reconvencional», se permite al órgano jerárquicamente superior la reforma de la resolución impugnada de forma peyorativa para el recurrente inicial, pero sólo cuando abierto el cauce del recurso por el recurrente inicial, la parte recurrida solicite una revisión en su favor de la resolución y, en consecuencia, sea desfavorable para el que recurrió inicialmente. Este significado y alcance que puede tener la adhesión al recurso en el ámbito civil, tiene un significado distinto en la jurisdicción penal.

Como se sabe, y ya lo expusimos en la parte del recurso de apelación en la jurisdicción civil³²⁹, el recurso por adhesión carecía de autonomía propia porque era inseparable del recurso principal, quedando limitada a apoyar las peticiones del recurso original. La adhesión se hallaba subordinada a la suerte de la apelación inicial (entonces podía considerarse principal, en tanto la adhesión era subordinada), no autorizándose al recurrente adhesivo la interposición de un recurso completamente nuevo, que no fue temporáneamente preparado. En otras palabras, «no puede ensancharse el ámbito

³²⁸VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en el Prólogo a la monografía de SUAÚ MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos en proceso penal*. Bosch editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 17.

³²⁹ Vid. *supra* Parte I, Capítulo III.A

impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos de los planteados por el principal recurrente»³³⁰.

Como han destacado algunos autores³³¹, la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que «la adhesión» a un recurso de apelación, «significa la derogación del principio de preclusión del plazo para apelar», ya que es factible adherirse a la apelación de otro, arrepintiéndose así de la inicial decisión de no recurrir. Por consiguiente, esta decisión de no recurrir, es siempre una decisión provisional, que sólo se consolida cuando transcurrido el plazo para adherirse, no se ejercita esta facultad. En consecuencia, la adhesión civil, puede constituir un recurso de apelación autónomo del inicial, habiéndose previsto por la LEC y la jurisprudencia la posibilidad de una adhesión a la apelación que comporte el ejercicio de una pretensión autónoma, nueva y diferente de la ejercitada al formalizarse el recurso de apelación inicial.

En el proceso penal por el contrario, tradicionalmente, y por la exacerbada significación que se le daba a los principios de preclusión y prohibición de la *reformatio in peius*, sólo cabía la adhesión cuando ésta suponía un mero sumarse o coadyuvar a la pretensión ya ejercitada, sin admitir la posibilidad de valerse de la adhesión para introducir nuevas y autónomas pretensiones, hasta entonces no ejercitadas.

La reforma peyorativa³³² «es la posibilidad (si se concede) del Tribunal *ad quem* de dictar, sin iniciativa ni excitación de parte interesada, *ex officio*, una sentencia que grave al recurrente aún más que la recurrida». Se produce, pues, la reforma peyorativa «cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva de su propio recurso»³³³. La prohibición de la reforma peyorativa, si bien

³³⁰ STS de 6 de marzo de 1995

³³¹ CLIMENT DURÁN, C. «Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho*, núm. 550-551 (1990), págs. 5.227 a 5.239. *Vid.*, también, FONT SERRA, E.: «La adhesión al recurso de apelación ...», *op. cit.*, págs. 2.083 a 2.102.

³³² FAIRÉN GUILLEN, V. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990, pág. 508.

³³³ ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J.: *Instituciones de Derecho Procesal ...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 35.

aparece en principio reconocida en el art. 902 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), relativo al recurso de casación, jurisprudencialmente se ha extendido a cualquier tipo de recurso³³⁴.

El distinto régimen que inspira la adhesión en sus vertientes civil y penal, respectivamente, tiene como fundamento y justificación el acatamiento de determinados principios informadores de la jurisdicción penal, que tienen un apoyo constitucional y que obligan a un trato diferenciador. Si en la jurisdicción civil el instituto de la adhesión es conveniente, y muy recomendable, entendemos que en la jurisdicción penal es absolutamente necesario. La cuestión es qué configuración de la adhesión es la más recomendable a la vista de los principios informadores del proceso penal.

Si una vez consentida la sentencia condenatoria por el condenado, el acusador por vía de recurso puede solicitar la imposición de una pena mayor a la recaída en la sentencia, es razonable que el condenado pueda aprovechar la ocasión para volver a solicitar la absolución que solicitó en la instancia, es decir, que el condenado pueda adherirse al recurso de apelación de la otra parte, ejercitando pretensiones autónomas, y no sólo con la facultad de impugnar u oponerse al recurso del acusador.

Con anterioridad a la reforma por la Ley 39/2011, en el supuesto de que fuera el condenado en la sentencia el que recurre, era importante tener en cuenta un aspecto fundamental relacionado con el *derecho de defensa* constitucionalmente reconocido y que requiere de un campo de aplicación cuyas fronteras no pueden tener el mismo alcance que los derechos que puedan corresponder a las partes que no intervienen en calidad de acusadas, porque tal como tiene declarado el TC «no todos los derechos del art. 24 de la CE corresponden indiscriminadamente a cualesquiera de las partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así el derecho a la tutela, la igualdad de armas, el derecho a la prueba), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de exclusiva titularidad

³³⁴ SUAÚ MOREY, J.: *Tutela constitucional de los recursos ...*, op. cit., pág. 43.

de la defensa. Así, hemos declarado que derechos tales como el derecho a un juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente, el derecho penal de defensa, asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde declarar su protección constitucional a las partes acusadoras»³³⁵.

La jurisprudencia del TC ha sido constante en afirmar que «se debe eludir cualquier exceso que convierta el recurso en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en debate»³³⁶, incertidumbre e imprevisibilidad que no puede ocasionar perjuicio para el acusado o para el condenado, dimanante del riesgo que traería en el supuesto de que, ejercitando el derecho al recurso, el acusador (inicialmente aquietado) se aprovechara del recurso interpuesto por el condenado, introduciendo pretensiones autónomas, aunque aducidas por el referido acusador en la anterior instancia o en el juicio ya celebrado.

No obstante, se reprocha que “la solución que da el legislador que admite la adhesión a la apelación con carácter autónomo, no diferencia el tratamiento del recurrente en el supuesto de que este sea parte acusadora o acusada, posición ésta que no debe hacernos olvidar la trascendencia constitucional que tiene el recurso por adhesión cuando quien lo interpone es la parte acusada y condenada por una sentencia penal”³³⁷.

³³⁵ Como manifestación de esta desigualdad, se recuerda que «el recurso de amparo es un instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos (art. 41.2 de la LOTC), por lo que no está destinado a tutelar el ius puniendi del Estado».

En este mismo sentido es la misma ley procesal, la que en el ámbito impugnativo establece un específico efecto extensivo de las resoluciones, proclamado en el art. 903 LECrim para el recurso de casación, pero aplicable a cualquier tipo de recurso según pacífica doctrina jurisprudencial, efecto que no lo encontramos en el sistema de recursos civiles (únicamente en algunos casos referidos a la solidaridad de obligaciones u otros excepcionales supuestos); su formulación, en el citado artículo, es la siguiente: «cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que le fuere adverso».

³³⁶ SSTC núm. 69/1984, de 11 de junio, 18/1985, de 11 de febrero y 65/1985, de 23 de mayo.

³³⁷ SUAU MOREY, J.: «La adhesión en los recursos penales y la defensa de la Constitución (derechos fundamentales)», en *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, Número 12, 2014, págs.. 99 - 134

Con la actual regulación, no hay desequilibrio para la parte pasiva³³⁸ del proceso teniendo igualdad de oportunidades que la parte activa, y siendo la contradicción plena³³⁹: tanto si es la parte pasiva como la acusadora la que interpone recurso, y sea inicial o adhesivo, el recurrido -inicial o adhesivo- dispone del correspondiente momento para oponerse y hacer alegaciones. Por tanto, es indiferente quién tomó la iniciativa de abrir la segunda instancia mediante la interposición del recurso inicial, porque todas las partes tendrán la ocasión no sólo de impugnar el recurso de la contraparte y oponerse al mismo para que la sentencia de primera instancia permanezca invariable y no se aumente el gravamen que pueda suponer, sino incluso de intentar la disminución de su gravamen incluso por la apelación tardía o «reconvencional». Siempre, claro está, partiendo de que es presupuesto de cualquiera de los recursos, inicial o adhesivo, la existencia de gravamen para la parte que lo formula.

En efecto, con independencia de cuál sea la parte que toma la iniciativa de abrir la segunda instancia mediante la interposición y formulación del recurso inicial de

³³⁸ En su caso lo hay para el recurrido «reconvencional», como exponemos en las notas 392 y 396, dado el plazo tan corto para oponerse al recurso «reconvencional»: del mismo modo que el recurrido inicial tiene el plazo de cinco días para impugnar la apelación inicial, el recurrido «reconvencional» debería contar con un plazo igual, y no de tan sólo dos días.

³³⁹ Observa BANALOCHE PALAO, J.: *Guía práctica de la nueva oficina judicial*. La Ley, Madrid, 2010, pág. 448, que se ha mantenido la tradicional expresión «adhesión a la apelación», que fue sustituida por confusa en la LEC por la que parece más correcta «impugnación de la sentencia apelada». El autor, al margen de los cambios anteriores, en el art. 791.1 LECrim. menciona que en los escritos de formalización del recurso (principal o adhesivo) o en el de oposición al mismo, se puede pedir no sólo la prueba limitada a la que se alude en el 791.3 LECrim. sino también la reproducción de la grabada, pues bien, como dice el autor «no sólo cabe solicitar nueva prueba sino también la nueva valoración de la ya practicada y en caso de que se pida, parece que debería acordarse siempre la vista, porque el párrafo segundo del apartado II del art. 791 de la LECrim señala que la vista se celebrará por la práctica de la prueba en su caso, y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella. Como es de prever que la parte recurrente pida siempre tal reproducción con el fin de que el Tribunal pueda apreciar la prueba practicada en primera instancia, se puede decir que con la nueva regulación se va a generalizar la celebración de la vista en los recursos de apelación penales».

En el proceso inglés, por el contrario, como el mismo Tribunal suscita tantas cuestiones y, en base al principio «*stare decisis*», o vinculación por la decisión previa, se suscitan tantas divergencias, no se plantea la adhesión en idénticos términos que en el proceso español. Dentro de tales cuestiones encontramos por ejemplo la naturaleza de la *ratio decidendi* del precedente y de su fuerza vinculante, la forma en que el precedente interactúa con las demás fuentes de derecho, el papel que el mismo desempeña en el razonamiento jurídico, etc. Ahora bien, como expone CROSS J. W. HARRIS, R. «las diferencias fundamentales entre estos conceptos están relacionadas con la jerarquía judicial y con el ámbito de sus efectos. En relación con la jerarquía judicial, conviene recordar que únicamente las *rationes decidendi* formuladas en las sentencias dictadas por los tribunales superiores constituyen precedentes vinculantes, y como tales deben ser aplicadas por todos los tribunales inferiores». CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.: *El precedente en el derecho inglés*. Ed. Pons, Barcelona, 2012, pág. 124. Para otro punto de vista, *vid.*, PERRY, S.R.: «Judicial Obligation Precedent and Common Law», en *OJLS*, núm. 7, 1985.

apelación frente a la sentencia de primera instancia, la otra parte podrá oponerse al recurso inicial (art. 790.5 LECrim.) impugnándolo y alegando cuanto considere a favor de su derecho, o incluso formular recurso adhesivo (art. 790.1.II LECrim.) para intentar reducir el gravamen impuesto en la sentencia de primera instancia. Las posibilidades de defensa son las mismas para el recurrente adhesivo que para el recurrente inicial: ataque de la sentencia de primera instancia que le causa gravamen, y oposición a la iniciativa impugnatoria de la otra parte.

En cualquier caso, la actual regulación introducida por las Leyes 39/2011 y 41/2015, satisface el art. 24.1 CE, que como envoltorio garantista prescribe que «[...] sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), derechos fundamentales reconocidos en todas las Constituciones y en todos los textos sobre derechos humanos; derecho de defensa en el proceso penal que ha sido desde la Revolución Francesa un problema de enorme relevancia tanto desde el punto de vista doctrinal como desde una perspectiva práctica, porque el proceso es el único instrumento para actuar en el proceso penal, el poder de coacción estatal para sancionar ciertas conductas tipificadas como delitos, y a este instrumento ha de someterse el Estado, que no puede imponer un castigo si no es a través de un proceso judicial («nulla poena sine procesum», garantía procesal) y de una sentencia³⁴⁰. Así en apoyo de la posibilidad de la adhesión autónoma al recurso, como resume MORENO CATENA, «parece que el art. 24.1 de la CE está considerando la posición de quien acude a los Tribunales de Justicia reclamando su actuación, solicitando la tutela de derechos e intereses legítimos, pretendiendo evitar con esta cláusula de cierre que las normas procesales o la actividad jurisdiccional le impidan reaccionar y hacer valer sus derechos en el curso del proceso

³⁴⁰VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Presunción de inocencia e íntima convicción del juzgador*. Bosch, Barcelona, 1984. Sin embargo, como recuerda el autor, en épocas históricas anteriores el proceso penal inquisitivo, se desconocía enteramente el derecho de defensa, pues el investigado era el mero objeto del procedimiento. GIMENO SENDRA se referirá al «reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo tanto ordinario, como constitucional (art. 53.2 CE)»; y señala que en el anterior régimen político autocrático que durante casi cuarenta años tuvo vigencia en España, el derecho de defensa en el proceso penal, como los demás derechos fundamentales enunciados en el Fuero de los Españoles, constituían meras garantías programáticas, que en la práctica eran frecuentemente incumplidas. Sigue refiriéndose el autor a procedimientos ante el Tribunal de Orden Público y al último Consejo de Guerra Sumarísimo (GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*. Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 259 y 260)

frente a las iniciativas de la contraria o a la intervención del propio Juez³⁴¹. En todo caso, según STC 160/2009 de 29 de junio, FJ 4, «*el derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción*». En este sentido nos referimos a la contradicción como la posibilidad de contestar al recurso por parte del condenado y a la adhesión autónoma al recurso, colmando de esta forma el derecho de defensa que se encuentra indudablemente entre los derechos fundamentales.

B.- LA FINALIDAD DE LA ADHESIÓN (Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS)

La relación entre la adhesión al recurso y el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* están tan íntimamente ligados que conviene precisar su relación. Tanto el origen como el fin de la institución de la adhesión, se encuentra en evitar que la parte que se aquieta con la sentencia de primera instancia, pueda resultar perjudicada como consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por el recurrente inicial.

Decíamos anteriormente, que los historiadores del Derecho afirman que en el Derecho romano clásico se desconocía la posibilidad de que el apelado a su vez impugnara la sentencia, y ello porque, entonces se pensaba que el que no apela la sentencia, la aprueba y ratifica, y no puede ir contra su propio hecho, debiendo limitarse a pedir la confirmación de la sentencia; y también decíamos que parece que se prevé esta posibilidad por primera vez ya en la etapa post-clásica del Derecho romano, de manera que inicialmente se configuró como un sistema de «comunidad de apelación», en virtud del cual una vez interpuesto recurso de apelación nada impedía al Tribunal *ad quem*

³⁴¹MORENO CATENA, V.: «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, pág. 4. Cita el autor en apoyo de su tesis la Sentencia 94/2005, de 18 de abril, FJ 2, afirmando que, «como sostenía la referida sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, *entre las que se encuentra el adecuado ejercicio de derecho de defensa*, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos».

modificar la sentencia a favor del apelado y en perjuicio del apelante, aunque el primero no fuere recurrente, por lo que carecía de sentido la adhesión a la apelación pues no existía la prohibición de la *reformatio in peius*. Pero en un sistema como el actual es distinto, pues por virtud del citado principio se da la imposibilidad de que la sentencia de segunda instancia pueda perjudicar al propio recurrente por virtud de la resolución de su propio recurso.

Así en el proceso civil la prohibición de la reforma peyorativa encuentra su fundamento en uno de sus principios informadores, el principio dispositivo, que se manifiesta, entre otros extremos en la congruencia de la resolución del órgano jurisdiccional con las pretensiones de las partes, en la primera instancia, y en la congruencia de la sentencia de segunda instancia cuando una de las partes decide recurrir la resolución dictada que considera perjudicial. Aunque en la ALEC no hubiera ningún precepto que ordenara la prohibición de la reforma peyorativa, el art. 359 ALEC, que establecía que las sentencias debían ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes deducidas en el proceso, en opinión de la doctrina era aplicable a la segunda instancia³⁴². Como decimos, la actual LEC sí recoge el principio, y específicamente para el recurso de apelación en el artículo 465.2: “la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”³⁴³. Si se admitiera la

³⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: *Derecho Civil II ...*, op. cit., pág. 552.

³⁴³ La introducción de este precepto en la LEC se debe a lo declarado por el TC, que venía manifestando que la interdicción de la reforma peyorativa es un principio general del Derecho procesal que resulta aplicable tanto a los procesos civiles como a aquéllos procedimientos penales en los que se ejercita la pretensión civil con el fin de obtener una indemnización derivada del hecho delictivo, como manifestación del aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*. Así, en la STC 223/2015, de 2 de noviembre, declara: “Desde las primeras resoluciones de este Tribunal se afirmó que la prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE. De un lado, se pone el acento en que representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva en todo caso de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5, y 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 3) y que, en ocasiones, se ha vinculado al principio dispositivo (STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 2) y al principio de rogación (STC 54/1985, FJ 7). De otro lado, se identifica la prohibición de empeoramiento como “una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3)” (STC 310/2005, de 12 de diciembre,

posibilidad de que el órgano superior agravara de oficio la situación del recurrente, el recurso se configuraría como un elemento disuasorio contrario al art. 24 CE³⁴⁴.

En el proceso penal, la prohibición de la reforma peyorativa se contempla en el art. 902 LECrim., referida a la sentencia dictada en el recurso de casación, extensible al recurso de apelación en virtud de la jurisprudencia del TC porque, en definitiva, esta prohibición tiene un claro reflejo constitucional en el art. 24 CE³⁴⁵, con la finalidad de preservar el principio acusatorio que ha de estar presente en la primera y en la segunda instancia, y con el que se evita que la persona absuelta en primera instancia sea condenada en la segunda si contra la sentencia no se ha interpuesto recurso. Así se ha considerado que el aforismo *nemo iudex sine actione*, manifestación del principio acusatorio, y que explica la presencia en el proceso penal de un órgano decisor que resuelve sobre el objeto propuesto, y de la acusación (pública o privada), quedaría comprometido si el órgano

FJ 2, por todas). Por lo que atañe al orden penal, ese anclaje constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva se completa en algunas resoluciones con el respaldo del principio acusatorio, de modo que la exclusión de la *reformatio in peius* entronca con el destierro de toda actuación inquisitiva por parte del Tribunal de segunda instancia. Conforme a esa jurisprudencia, es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el art. 902 de la LECrim. para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, FJ 7; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5). Con ello, se destaca también en nuestra doctrina, se agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, “lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario” (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 17/2000, de 31 de enero, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

Puede consultarse en cuanto al fundamento de la prohibición de reforma peyorativa las SSTC 84/1985, de 8 de julio; 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; 143/1988, de 12 de julio; 202/1988, de 31 de octubre; 120/1989, de 3 de julio; 40/1990, de 12 de marzo; 279/1994, de 17 de octubre; 9/1998, de 13 de enero; 8/1999, de 8 de febrero, entre otras.

³⁴⁴ En este sentido RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, pág. 59, que además cita la STC 143/1988, de 12 de julio.

³⁴⁵ SSTC 84/1985, de 8 de julio; 115/1986, de 6 de octubre; 186/1987, de 23 de noviembre; 242/1988, de 19 de diciembre; 56/1999, de 12 de abril.

decisor del recurso (*ad quem*) pudiera reformar la sentencia recurrida en perjuicio del propio recurrente como consecuencia del conocimiento de su propio recurso³⁴⁶.

No obstante existe mucha confusión sobre el propio principio prohibitivo y sus límites, tal vez porque se confundan dos efectos propios del recurso de apelación (la enervación de los efectos de la cosa juzgada formal³⁴⁷, y la ampliación del *thema decidendi* de la segunda instancia), y porque en el inconsciente de los juristas se sigue asimilando el recurso adhesivo como de menor grado o condición que el recurso inicial.

Así, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* exige como presupuesto la petición de parte, en forma o por medio de recurso, ante el órgano *a quo* y dirigida al órgano *ad quem* de que revise o reforme una resolución que impone o causa un gravamen a la parte³⁴⁸, con la vocación de obtener, si no la desaparición del gravamen

³⁴⁶ RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal ...*, op. cit., pág. 61

³⁴⁷ Recordemos que la cosa juzgada es, en general, el efecto que produce la firmeza de la resolución judicial y que impide que lo resuelto sea revisado en el mismo proceso (cosa juzgada formal) o, si es el fondo del asunto, en otro posterior (cosa juzgada material). Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.: *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, La Ley, Madrid, 2.011, 2ª Ed., pág. 316). Por la enervación del efecto de cosa juzgada formal que se produce por la interposición en plazo del recurso legalmente previsto, se impide que la resolución recurrida adquiera firmeza. En este sentido el art. 207.1 LEC establece que “*son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas*”, y en el apartado 2 que “*son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado*”.

³⁴⁸ Es presupuesto de cualquier recurso la existencia de gravamen para el recurrente, como vimos en la jurisdicción civil con el art. 448 LEC. Así, según la teoría general de los recursos, también aplicable al proceso penal, para poder recurrir una resolución se requiere la concurrencia de tres elementos: subjetivo, objetivo y temporal (además de un cuarto, que es el depósito, si se trata de la acusación popular quien recurre). De esos tres elementos, el subjetivo, hace referencia a la legitimación, de manera que sólo puede recurrir la parte que se haya visto perjudicada por la resolución, perjuicio al que llamamos gravamen (BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.: *Aspectos fundamentales ...*, op. cit. pág. 330).

Como señalamos en la jurisdicción civil (Vid. *supra* nota 40), también en la jurisdicción penal el gravamen que ha de existir para la interposición del recurso de apelación, puede ser «directo» o «eventual».

Esto es, como nos recuerdan BANACLOCHE PALAO y ZARZALEJOS NIETO (op. cit. págs. 330 y 331), el TC ha admitido que se puede recurrir una sentencia completamente favorable en cuanto al fallo, si el presuntamente beneficiado considera que la argumentación jurídica le causa un perjuicio. Así, en la STC 157/2003, de 15 de septiembre, que sigue la línea de las SSTC 79/1987, de 27 de mayo y 41/1998, de 24 de febrero, se afirma en el Fundamento Jurídico 7, que «*al respecto, debe comenzarse señalando que no parece que pueda discutirse que para que proceda utilizar un recurso contra una resolución judicial es preciso que la misma genere un perjuicio para el recurrente. Entendido así, la configuración del gravamen como presupuesto de un recurso (con independencia de la concreta naturaleza jurídica de tal presupuesto y, en particular, de su relación con la legitimación para recurrir) resulta constitucionalmente inobjetable. Incluso así ha tenido ocasión de afirmarlo este Tribunal, como ocurrió en la citada STC 165/1987, de 27 de octubre (FJ 2), donde se aludía expresamente, reconociendo su corrección constitucional, al principio procesal, de tradicional arraigo en nuestro Ordenamiento jurídico, según el cual sólo tienen acción para*

que le impone la resolución recurrida, al menos su minoración. El tribunal *ad quem* competente para el conocimiento y resolución del recurso, por virtud de la prohibición de la reforma a peor, no puede aumentar el gravamen que suponía para el recurrente la resolución recurrida como consecuencia del propio recurso y con respecto al propio recurrente. De modo que el mecanismo de la prohibición depende única y exclusivamente de la actitud del particular recurrente, que es quien en su escrito de recurso fija el límite del principio, en sentido positivo, pero también en sentido negativo: en sentido positivo mediante la petición de la reforma en la medida de lo pedido o de algo más favorable que lo pedido, y en sentido negativo en cuanto a la imposibilidad de aumento del gravamen que en su conjunto impone la resolución recurrida³⁴⁹.

Si, como dijimos al hablar de los efectos de la apelación «reconvencional» en la jurisdicción civil, la apelación reconvencional no abre la segunda instancia, sino que se incorpora a la segunda instancia ya abierta por el escrito de interposición del recurso de

recurrir las resoluciones judiciales aquéllos que hayan sufrido agravio en el juicio. Más concretamente, en lo que ahora interesa, este debe ser el sentido tanto de la STC 79/1987, de 27 de mayo (FJ 2), como de la STC 51/1991, de 11 de marzo (FJ 3), al afirmar que desde el punto de vista constitucional no merece crítica la tesis de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la misma de la que no derive perjuicio alguno para él. Ahora bien, tal consideración no resuelve la cuestión aquí planteada. El verdadero núcleo de la misma se halla en la determinación de si es preciso, como presupuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial. Y, como hemos adelantado, nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1 CE». La STC 16/2011, de 28 de febrero, deniega el amparo al condenado por el TS por no haber intentado el recurso de casación, a pesar de tratarse de una sentencia absolutoria y que, por lo tanto, teóricamente no le era perjudicial.

³⁴⁹ Nos explicamos con un ejemplo: si la sentencia recurrida condena a un año de privación de libertad y al pago de una cantidad de 3.000,- € en concepto de responsabilidad civil, y el recurrente pide la reforma de la resolución, la sentencia de segunda instancia no podrá nunca condenar a más de un año de prisión o al pago de una cantidad superior a los 3.000,- €. Podrá minorar la extensión de la pena de prisión, y/o reducir el importe de la responsabilidad civil, aun cuando el recurrente no lo haya solicitado en su recurso, por ejemplo, cuando el órgano *ad quem* aprecie y aplique un argumento jurídico o una norma, incluso aunque no haya sido invocada por el recurrente, en virtud del principio *iura novit curia*, y siempre dentro de los límites establecidos legislativa o jurisprudencialmente.

apelación inicial, que es el que además producirá en su momento el efecto devolutivo del recurso de apelación, y aunque no abra la segunda instancia, el resto de los efectos que produce son similares a los que produce la apelación inicial, esto es, el efecto de privar de los efectos de cosa juzgada formal a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que expresamente se combaten en el escrito de impugnación; la ampliación de las facultades del órgano *ad quem*, quien de este modo podrá dictar sentencia que resulte perjudicial para cualquiera de las partes con el límite en la jurisdicción penal previsto en el art. 792.2 LECrim.; y la ampliación del *thema decidendi*, como exponíamos al tratar de la identificación entre la reconvención en la primera instancia, y la apelación «reconvencional»; debemos entender, como es lógico, que la apelación «reconvencional» no enerva la prohibición de *reformatio in peius* sino que al posibilitar la reforma de la resolución recurrida en favor del recurrente «reconvencional», ello puede causar perjuicio al recurrente inicial aumentando su gravamen; de la misma manera que la estimación del recurso del recurrente inicial puede aumentar el gravamen, si es que éste existe, del apelado inicial.

Esto es así en la jurisdicción civil, en la que las pretensiones de las partes son contrapuestas (incluso en los casos en que la acción sea declarativa y no de condena, pues en éstos resulta obvio, y en aquéllos la declaración del derecho en favor de un particular produce siempre el efecto excluyente del derecho en favor de otros), pero lo mismo ocurre, con la precisión indicada del art. 792.2 LECrim., y con el matiz al que a continuación aludimos, en la jurisdicción penal.

Efectivamente hay que matizar, porque en la jurisdicción penal, salvo el caso de ejercicio conjunto de la acción penal y la civil, los intereses contrapuestos, de ordinario, no son los de particulares, sino el del particular frente al que se dirige acusación, y el del *ius puniendi* del Estado: frente al derecho del acusado a la presunción de inocencia y a no sufrir por la sentencia el gravamen sobre sus derechos, normalmente fundamentales (libertad, patrimonio, etc.), está el deber del Estado de sancionar las conductas tipificadas en el Código Penal con la imposición de una pena, por más que ésta sólo tenga fin resocializador, pues lo cierto es que cualquier pena supone la restricción de un derecho justificada por el “superior” interés de la sociedad. Una vez matizado, lo cierto es que siempre existen intereses contrapuestos.

Así pues, el principio de la *reformatio in peius* nunca se enerva, sino que lo que se enerva es la eficacia de la cosa juzgada formal y la seguridad que produce en la parte recurrente de que con su recurso no va a resultar perjudicado. Aunque obviamente, puede resultar perjudicado por la estimación del recurso de los demás recurrentes. Pero la prohibición de la *reformatio in peius* permanece vigente aun cuando las demás partes también recurran la resolución. La vulneración del principio se produce cuando la situación del recurrente se agrava como corolario de su recurso, del que él mismo plantea, y no a consecuencia del recurso de otra de las partes recurrentes –iniciales o adhesivos-.

Partamos del siguiente supuesto de hecho: siendo parte en un procedimiento el Ministerio Fiscal como acusación pública, Ticio como acusado a título de autor de los delitos A y B, y Cayo como acusación particular en su condición de perjudicado por la comisión del delito A, Ticio es condenado en primera instancia como autor responsable del delito A a la pena de prisión de un año, y a indemnizar a Cayo en la cantidad de 3.000,- € (inferior a los 5.000,- € pedidos por la acusación particular de Cayo), siendo absuelto del delito B. Como vemos, todas las partes han visto parcialmente satisfechas sus pretensiones, aunque a todas ellas se les causa gravamen por la sentencia. Esta sentencia dictada en primera instancia genera la confianza y expectativa de los efectos de la cosa juzgada que les son favorables, aunque parcialmente favorables. Si Ticio no recurre la sentencia, el Ministerio Fiscal y Cayo se ven parcialmente satisfechos: se han estimado parte de sus pretensiones acusatorias. Y si las acusaciones del Ministerio Fiscal y de Cayo, no recurren la sentencia, Ticio habrá visto satisfecho su pretensión absolutoria, aunque parcialmente pues sólo con respecto de uno de los delitos, y sólo en cuanto a parte de la indemnización que se le reclamaba. Veamos las alternativas de recurso que pueden darse para comprender que el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* nunca se enerva:

- Ticio recurre la sentencia en cuanto al pronunciamiento por el que se le condena por el delito A. Conforme al principio de la prohibición de la *reformatio in peius* la valoración de su recurso por el órgano *ad quem* nunca puede conllevar el dictado de una sentencia en segunda instancia

por la que se eleve de la pena impuesta por el delito A, se aumente la indemnización en favor de Cayo, ni se le condene por el delito B del que ha resultado absuelto. Y esto es así con independencia de que se recurra la sentencia por las acusaciones. Si las acusaciones recurren la sentencia podrá agravarse la situación de Ticio por la estimación de los recursos de las acusaciones, pero no por la desestimación del recurso de Ticio.

- El Ministerio Fiscal recurre la sentencia en el pronunciamiento por el que se absuelve a Ticio del delito B. La valoración de su recurso por el órgano *ad quem* nunca puede conllevar la absolución de Ticio por el delito A, porque lo prohíbe el principio que estudiamos. En tanto Ticio es recurrente podrá resultar absuelto del delito A, pero no por la valoración del recurso del Ministerio Fiscal, sino por la estimación del recurso de Ticio frente a la condena por el delito A.
- Cayo recurre la sentencia en lo relativo al pronunciamiento sobre responsabilidad civil, y por el que se desestima parcialmente su petición indemnizatoria: de los 5.000,- € que pedía, condenan a Ticio a pagar 3.000,- €, o si se quiere, absuelven a Ticio de pagar la diferencia, 2.000,- €, lo que causa un perjuicio a Cayo legitimándolo para recurrir. La valoración de su recurso, el de Cayo, no puede conllevar nunca la rebaja o desaparición de la indemnización. Ésta podrá reducirse como consecuencia del recurso de Ticio, pero no por valoración del recurso de Cayo, porque lo prohíbe el principio.

Esto es, como conclusión que defendemos: el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* no sufre en ningún caso por el hecho de que sean varios los recurrentes –iniciales o adhesivos-, porque ampara a cualquier recurrente, ya sea inicial ya sea adhesivo, limitando las facultades del órgano competente para resolver en la segunda instancia. Lo que sufre es la expectativa que genera a las partes el efecto de cosa juzgada formal que produce la sentencia de primera instancia acogiendo total o parcialmente las pretensiones de la parte deducidas en la primera instancia. Así es en la jurisdicción penal en todo caso con respecto de la acción penal, mitigado con respecto a la acción civil por disposición expresa del art. 989.1 LECrim.: “*Los pronunciamientos sobre*

responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Disentimos por tanto de la afirmación de que tal regla sufre una limitación, o aún mucho mejor, el mecanismo de la prohibición de la *reformatio in peius* se enerva o contrarresta cuando se producen otras pretensiones impugnatorias, bien sean concurrentes, esto es, a través de otro recurso principal, o bien, de forma incidental, al adherirse el inicial recurrido al trámite procesal ya abierto por el recurrente, porque es entonces cuando, ante el comportamiento activo de ambas partes procesales, el tribunal *ad quem* queda relevado de la prohibición al desaparecer el supuesto de hecho que la genera³⁵⁰. Y ello porque el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, solamente predicable de la segunda instancia, y con respecto del recurrente que es a favor de quien se predica, depende exclusivamente de la voluntad de ese mismo recurrente, entrando en juego por el ejercicio de su facultad de recurrir que es lo que abre la segunda instancia³⁵¹.

³⁵⁰ RUIZ MORENO, J.M., *La adhesión a los recursos ...*, op. cit., pág. 20. Este autor afirma incluso que “por medio de la adhesión se persigue restablecer el equilibrio de intereses entre el sujeto recurrente y recurrido porque compensa la injusticia de que la prohibición de empeoramiento actúe en beneficio exclusivo de uno de los sujetos litigantes”, de lo que como venimos defendiendo, disentimos: el principio beneficia a todo recurrente, lo que puede perjudicar es la futura estimación del recurso interpuesto por la otra parte, pero el equilibrio existe desde el momento en que todas las partes pueden efectuar alegaciones a los recursos interpuestos por los demás, ya sea inicialmente o de forma adhesiva.

³⁵¹ La STC 200/2000, de 24 de julio, acoge la tesis: «Pues bien, hemos sostenido que es trasladable al recurso de apelación lo dispuesto en el artículo 902 LECrim para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ 2; 116/1988, de 20 de enero, FJ 2; 1992, de 14 de febrero, FJ 2 y 16/2000, de 31 de enero, FJ 5). De forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este caso, de un previo juicio de faltas (SSTC 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 116/1988, de 20 de enero, FJ 2; 202/1988, de 31 de octubre, FJ 3; y 56/1992, de 8 de abril, FJ 2, entre otras). Finalmente, hemos mantenido que respecto de la acción civil derivada del ilícito penal (ámbito al que se contrae la presente demanda) rige también la imposibilidad de alterar en perjuicio del único apelante las indemnizaciones concedidas en la instancia, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, salvo que existan otros recursos de apelación autónomos o adherentes al recurso del apelante, pues en este caso se incrementa el alcance devolutivo del recurso y, por ello, los poderes del órgano de apelación (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 91/1987, de 3 de junio, FJ 3; 116/1988, FJ 2; 202/1988, FJ 3; 242/1988, de 19 de diciembre, FJ 2; 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1; y 59/1997, de 18 de marzo, FJ 2). En definitiva, desde el punto de vista de la acción civil vinculada a la acción penal, se producirá la *reformatio in peius* cuando la modificación operada en fase de apelación no sea consecuencia de una petición deducida ante el Tribunal, bien a través de la formulación de un recurso de apelación, bien por medio de la adhesión a cualquiera de los recursos admitidos por el órgano judicial» (FJ 2º) «Ahora bien, como se ha dicho, la Sentencia de apelación decidió, como cuestión de legalidad ordinaria, considerar la irretroactividad de la Ley 30/1995, y aplicar al caso la Ley Orgánica 3/1989, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, por lo que se ha de descartar que se tratara en este caso de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes (SSTC 15/1987 y 91/1988). Lo cierto es que con la

Así lo establece expresamente el legislador, hasta el punto de extender sus efectos a cualquiera de los sujetos que se encuentren en la parte pasiva –acusada-, en el art. 903 LECrim.: “*Cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso*”.

Así pues, el fin de la adhesión al recurso no es otro que el de equilibrar las expectativas de la parte inicialmente recurrida ante la enervación de los efectos de la cosa juzgada formal que se produce por la interposición del recurso inicial por otra de las partes: la inicialmente recurrente. Como consecuencia del instituto de la adhesión, quien toma la decisión de recurrir inicialmente, amparado por la prohibición de la reforma peyorativa en su contra, privando a la sentencia de primera instancia de los efectos de la cosa juzgada formal, debe asumir el riesgo de que una posible adhesión pueda agravar su situación, no como consecuencia de una reforma peyorativa derivada de su propio recurso, sino como consecuencia de la estimación del recurso adhesivo; el recurrente adhesivo, por su parte, pretende con su recurso privar a la sentencia de primera instancia del efecto favorable que la cosa juzgada formal produce para el recurrente inicial la falta de recurso por la otra parte.

Y ello con independencia de cuál sea la consideración que se tenga de la técnica adhesiva al recurso, ya se considere como una adhesión *strictu sensu* que es aquélla que se limita a coadyuvar con el recurso principal, ya se considere como una adhesión autónoma o contradictoria.

decisión de considerar aplicable aquella otra legislación, la Audiencia no se apercibió que perjudicaba la situación de la entidad aseguradora desde el momento que condujo a la imposición de unos intereses de demora más altos de los que habían sido reconocidos en la Sentencia del Juez. Por lo que este empeoramiento de la situación de la entidad recurrente en virtud únicamente de su iniciativa de adherirse al recurso de apelación con la intención, como es natural, de obtener un beneficio, y no un perjuicio, ha supuesto una reforma peyorativa por la respuesta que el órgano judicial ha dado a la pretensión de una de las partes del proceso, y, en consecuencia, la existencia de la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del que se ha quejado, con razón, la demandante de amparo» (FJ 3º)

C.- LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

Recordemos que no es sino a partir de las modificaciones introducidas en la LECrim. por la Ley 41/2015, cuando se generaliza la segunda instancia, dando una nueva regulación al recurso de apelación que estaba previsto para los procedimientos que se seguían por los trámites del procedimiento abreviado, y para aquéllos otros procedimientos como los juicios rápidos, o los juicios de faltas (después delitos leves), e introduciendo el artículo 846.ter LECrim. por el que se extiende el recurso de apelación también a las sentencias dictadas en los procedimientos ordinarios –recordemos que sólo para los procedimientos incoados con posterioridad al día 6 de diciembre de 2015, por aplicación de su Disposición Transitoria Única-, de manera que el recurso de apelación previsto inicialmente para el procedimiento abreviado, por las remisiones efectuadas, pasa a ser común para todos los regulados en la LECrim., con algún matiz en función del procedimiento en que se hubiera dictado la sentencia que iba a ser objeto del recurso de apelación, fundamentalmente referido a los plazos de interposición, para efectuar alegaciones impugnatorias, y las facultades y composición del órgano *ad quem*.

Pero, además de los procedimientos regulados en la LECrim., y en virtud de la Ley 5/1995, de 22 de mayo, por la que se regula el Tribunal del Jurado, tenemos este otro procedimiento, regulado en sus trámites hasta el dictado de la sentencia. La previsión del recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en el procedimiento seguido por los trámites de la Ley del Jurado, se introduce separadamente, en la LECrim., por la Disposición Final 2ª.13, añadiendo al Libro V, que pasó a denominarse “*De los recursos de apelación, casación y revisión*”, integrado por un nuevo Título I denominado “*Del recurso de apelación contra las sentencias y determinados autos*”, de manera que el antiguo Título I, pasó a ser el II, con la denominación “*Del recurso de casación*”.

En virtud de las modificaciones introducidas en la LECrim. por la Ley 5/1995, del Tribunal del Jurado, se prevé por vez primera en nuestra LECrim. la institución de la «adhesión» a un recurso ordinario, el de apelación, si bien ya estaba prevista para el recurso extraordinario de casación.

I.- DENOMINACIÓN

De la misma manera que al justificar para la jurisdicción civil la denominación de apelación «reconvencional» para referirnos a la «apelación adhesiva», señalábamos que, en aquella jurisdicción, no hay especiales obstáculos en la utilización y extensión del término «reconvención» a la segunda instancia, para denominar la conducta del apelado que ante el recurso de apelación interpuesto por la otra parte, impugna la resolución en lo que le resulta desfavorable, esto es, que además de oponerse a la apelación formulada de contrario, o sin siquiera formular oposición, impugna la resolución solicitando se dicte otra en su lugar que le resulte favorable, o más favorable, o incluso menos desfavorable; y con la evidente salvaguarda de que en la jurisdicción penal no contamos con la institución de la reconvención, tampoco vemos especiales obstáculos en extender la denominación a la jurisdicción penal.

Extrapolando los argumentos expuestos para la jurisdicción civil³⁵², podemos recordar que el esquema inicial del recurso de apelación contra la resolución que pone fin a la primera instancia, es el de interposición del recurso de apelación por una de las partes (art. 790.1.II en relación con el 790.5 LECrim.), contra los pronunciamientos de la resolución que le causan un perjuicio. De esta manera en la segunda instancia, tendremos una parte apelante que es quien toma la iniciativa, y una parte apelada que es la que sufrirá las consecuencias de la revocación de la sentencia en el sentido de lo solicitado por el apelante³⁵³.

En efecto, con independencia de que la parte inicialmente apelada sea la acusadora o acusada, y del motivo de los previstos en el art. 790.2 LECrim. que se invoque y justifique la estimación de su recurso. Así si el apelante inicial es una de las partes acusadoras y se estima su recurso, causará perjuicio al apelado acusado porque o bien conllevará un agravamiento de la condena cuando la infracción denunciada y acogida sea

³⁵² Vid. *supra* Parte I, Capítulo III. C

³⁵³ Si el apelante es la parte acusadora, y en estimación de su recurso se revoca la sentencia de primera instancia, causará un perjuicio al apelado, ya sea acusador, ya sea acusado, con independencia de los motivos alegados en el recurso.

de normas sustantivas, o bien supondrá la devolución de las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida (art. 792.2 LECrim.): ya sea porque se aprecie la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 792.2.II LECrim.) con lo que se dejará sin efecto la sentencia total o parcialmente absolutoria; ya sea porque se aprecie el quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento (art. 792.3 LECrim.), en cuyo caso se anulará la sentencia total o parcialmente absolutoria. Recuérdese que uno de los presupuestos del recurso es la existencia de gravamen, aunque sea «eventual», y que el gravamen de una parte es correlativo al beneficio de otra. De ahí que en el caso de estimación del recurso el apelado se vea perjudicado, al menos en la expectativa de un estado de cosas que puede verse alterado en su perjuicio: si resultó inicialmente absuelto, porque la absolución se dejará sin efecto; si el recurrido es una parte acusadora, se verá igualmente perjudicado, porque será en beneficio del acusado y por tanto en perjuicio de su condena total o parcial.

Este esquema inicial de apelante apelado puede verse alterado por la posibilidad que el ordenamiento jurídico procesal concede al apelado de impugnar la sentencia previamente apelada (art. 790.1.II LECrim.), adquiriendo así la condición de apelante frente al originario apelante, que a su vez adquiere la condición de apelado. La pretensión del recurrido es nueva y autónoma, aunque supeditada, con respecto de la del apelante inicial, y además normalmente en sentido contrario. Así pues, mediante la adhesión el apelado se convierte en recurrente «reconvencional», y el recurrente inicial –y principal– en apelado «reconvenido», produciéndose la adquisición de una nueva posición procesal; y además se produce una ampliación del objeto de la segunda instancia, esto es, aquello sobre lo que el órgano *ad quem* tiene que resolver.

Obsérvese que el artículo 790.1.II LECrim. utiliza el término «pretensiones» cuando establece que “*la parte que no hubiere apelado ... podrá adherirse a la apelación ... ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan*”. Y es que efectivamente, el recurrente, inicial o adhesivo, ejercita auténticas pretensiones de forma inmediata o mediata: la parte acusadora la condena del acusado, la parte acusada, la absolución; ya sea de forma directa, ya sea de forma indirecta mediante la alegación de infracción de normas procesales o la alegación de error en la apreciación de las pruebas, cuya estimación conllevará la anulación de la sentencia que le ha causado perjuicio.

Por eso afirmamos, y defendemos en este estudio, aún siendo conscientes de las reticencias que pueden albergar la mayoría de los autores que prefieren denominaciones como la de “recurso supeditado”, que del mismo modo que ocurre en la jurisdicción civil, con los matices propios de la jurisdicción penal, no hay inconveniente en denominar apelación «reconvencional»³⁵⁴ al recurso de apelación que el inicialmente recurrido interpone frente a la sentencia dictada en primera instancia y por el que ejercite una auténtica y genuina pretensión: la revocación total o parcial de la sentencia de primera instancia en un sentido que le resulte favorable.

Qué duda cabe que la posición e intervención de las partes y del órgano jurisdiccional en el proceso penal no es la misma que en el proceso civil: si en éste podemos decir que están frente a frente en un proceso regido por el principio dispositivo en el que la intervención del órgano jurisdiccional es la de poner orden y resolver, en el proceso penal las partes están ante el órgano jurisdiccional bajo el principio acusatorio³⁵⁵, deduciendo peticiones ante él que de ordinario son contrapuestas entre la parte activa del proceso (acusaciones) y la parte pasiva (defensas). En la segunda instancia, sin embargo, la similitud es mayor entre proceso civil y proceso penal: en ambas jurisdicciones la desencadenante de la actuación de las partes es la resolución del órgano jurisdiccional que se impugna, frente a la que se alzan las partes recurrentes pretendiendo su

³⁵⁴ Encontramos un caso en la jurisprudencia en la que, como proponemos, se denomina «recurso reconvencional» en la jurisdicción penal a la apelación adhesiva deducida por el no inicialmente apelante. Así la SAP Madrid núm. 224/2014, de 12 de febrero de 2.014: “*Y por lo que se refiere a la suerte de recurso reconvencional interpuesto por la acusación particular, al hilo de la presentación del recurso de apelación interpuesto por su contrario*”.

³⁵⁵ Podemos afirmar que el principio acusatorio tiene tres manifestaciones esenciales: la distribución de las funciones de acusación y jurisdicción, la distribución de las funciones de instrucción y fallo, y la congruencia penal o el deber de congruencia entre acusación y fallo. Desde el reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, el TC ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer la acusación (STC 12/1981, de 10 de abril), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e investigadas o acusadas (STC 54/1985, de 18 de abril). El sistema penal acusatorio exige, pues, que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas, y se resuelva por un órgano diferente, consagrándose así una neta distinción entre las tres funciones procesales fundamentales (SSTC 3/1987, de 7 de mayo; 83/1992, de 28 de mayo; 123/2005, de 12 de mayo): la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

modificación, revocación o anulación, y en la que las partes recurridas pretenden su confirmación.

II.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

En la jurisdicción penal podemos afirmar que *la adhesión a la apelación es un recurso ordinario en sentido estricto que un perjudicado por la resolución frente a la que se dirige, utiliza en un momento posterior a la interposición del recurso inicial, al que se supedita, y que teniendo o adquiriendo la condición de parte procesal, solicita la modificación total o parcial de la resolución recurrida.*

Desgranemos los distintos elementos de la definición:

a).- Es un recurso ordinario³⁵⁶ en sentido estricto: GRAU PÉREZ define el recurso de apelación como un recurso ordinario que permite un nuevo examen del asunto, ya resuelto en la instancia, por un tribunal superior al objeto de privar de eficacia jurídica a la resolución impugnada, es decir, al resultado procesal obtenido, y sustituirla en su caso, por otra favorable a los intereses del recurrente³⁵⁷.

³⁵⁶ Debemos hacer la salvedad, de que el recurso de apelación frente a la sentencia dictada en el Tribunal del Jurado, tiene la consideración de recurso extraordinario al ser tasados los motivos por los que cabe impugnar la resolución recurrida. En consecuencia la misma naturaleza de extraordinario tiene el recurso adhesivo, como ocurre con el recurso «extraordinario» de casación por la misma razón. En este sentido, la STSJ Asturias, Sala Penal con sede en Oviedo, núm 3/2016, de 23 de diciembre, declara: “*Al respecto es de destacar, como ya hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de Marzo de 1998 , que la modificación operada por la Ley Orgánica 5/1995, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer que contra las sentencias dictadas en el ámbito del Tribunal del Jurado quepan los recursos de apelación y de casación, lo que realmente se ha hecho es instaurar dos recursos extraordinarios constreñidos a motivos expresos, por lo que el primero de ellos, no obstante su denominación, no es un recurso ordinario en el que puedan examinarse con total amplitud todas las cuestiones suscitadas en la primera instancia, como ocurre en el normal de apelación, sino que, dada la naturaleza de este recurso, extraordinario y atípico en nuestro clásico ordenamiento jurídico-procesal, tiene unos motivos legalmente tasados y para su formulación han de observarse, incluso en una hermenéutica que respete el principio "pro actione", ciertos rigorismos formales. Estos motivos tasados vienen recogidos en el Artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.)*”.

³⁵⁷ GRAU PÉREZ, J. A.: *La impugnación del inicialmente apelado ...*, op. cit., pág. 80.

Se trata de un recurso en sentido estricto, diferenciándolo de los «medios de impugnación» que son todos los instrumentos que el legislador pone a disposición de las partes para atacar una resolución judicial, con el fin de obtener o provocar su reforma, su anulación, o incluso su declaración de nulidad. Así, los medios de impugnación abarcan cauces procesales que sirven a los fines indicados, pero que no pueden calificarse de recursos, como la declinatoria, el incidente de oposición al embargo preventivo, o a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, o los medios de rescisión de sentencias firmes como lo era el mal denominado «recurso» de audiencia al rebelde. Los «recursos», sin embargo, siendo medios de impugnación de resoluciones, tienen un fundamento distinto. Aquéllos son medios de rescindir un efecto jurídico ya producido, y los «recursos» –en sentido estricto- son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca.

En la adhesión a la apelación el recurrente adhesivo tiene las mismas facultades que el recurrente inicial, de manera que la única diferencia, a estos efectos, es el momento en que se recurre la resolución: el recurrente inicial en el plazo inicialmente previsto desde la fecha de notificación de la resolución impugnada, y el adhesivo en el trámite de alegaciones u oposición al recurso del recurrente inicial³⁵⁸.

b).- Lo utiliza un perjudicado por la resolución frente a la que se dirige, teniendo o adquiriendo la condición de parte procesal.- Como hemos señalado reiteradamente, es presupuesto de los recursos que la resolución frente a la que se dirige cause un gravamen o perjuicio al recurrente³⁵⁹, quien puede no haber sido parte en la primera instancia, bien porque no quiso comparecer, bien porque no se le ha llamado, o bien porque su interés nace en un momento posterior al inicio del procedimiento³⁶⁰.

³⁵⁸ Art. 790.1.II LECrim. para el procedimiento abreviado; art. 846.bis.b).III LECrim. para Tribunal del Jurado; y arts. 861.IV y 873.II LECrim. para el recurso de casación.

³⁵⁹ Vid. *supra* Parte I, Capítulo II.A, y nota 40 *ut supra*.

³⁶⁰ Piénsese en los herederos del responsable civil que tienen conocimiento de la existencia del procedimiento con posterioridad al fallecimiento de su causante, por ejemplo en el momento en que se quiere notificar la sentencia. Tenido conocimiento de la sentencia, pueden personarse en las actuaciones en cualquier momento y ejercitar los recursos que correspondían a su causante.

Es necesario que el perjudicado por el recurso tenga o adquiera la condición de parte procesal en el momento de formular la adhesión, pues solamente las partes pueden impugnar la resolución. Así el art. 790.1.I LECrim. señala que *“el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes”*, o que *“la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación”*³⁶¹. El perjudicado que no ostenta la condición de parte, habrá de adquirir dicha condición personándose en el procedimiento con Abogado y Procurador para ejercitar el recurso³⁶². De esta manera adquiere la facultad de realizar actos con eficacia en el proceso³⁶³, tendrá capacidad procesal, esto es, la aptitud para poder comparecer en el proceso y realizar en él actos procesales válidos.

Tenemos un claro ejemplo en el Estatuto de la Víctima, por el que se permite a quien no ha sido parte en el proceso pero sí perjudicado, interponer recurso frente a resoluciones producidas en el seno del mismo. Así ocurre con el art. 12 EV, al permitírsele interponer recurso frente al auto de sobreseimiento *“sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso”*, con independencia de que deba hacerlo en el momento de interposición del recurso personándose con Abogado y Procurador, como además se deduce del art. 14 EV en el que se contempla el derecho de la víctima al *“reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas*

³⁶¹ Lo mismo ocurre en el Tribunal del Jurado con el art. 846.bis.b).I y III LECrim.: *“podrán interponer el recurso tanto el Ministerio Fiscal como el condenado y las demás partes”* o *“la parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación”*; y con el recurso de casación en el art. 861.IV LECrim.: *“la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él”*.

³⁶² Dado el escaso margen de tiempo del que dispondrá (cinco días para impugnar el recurso de apelación inicial, y en su caso formular apelación «reconvencional»), habrá de hacerlo acreditando en el mismo escrito de interposición reunir los requisitos de capacidad y postulación, esto es: justificar su condición de perjudicado, designar abogado y procurador –sin perjuicio de su ratificación mediante comparecencia *apud acta* ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 453 LOPJ)-, quienes habrán de firmar el escrito aceptando las designaciones.

³⁶³ STS 23 de marzo de 1.988: *«Como ya declaró esta Sala en sentencia de 2 de abril de 1956, doctrina reiterada por otras varias posteriores, entre las que cabe citar como más reciente la de 10 de julio de 1985, es preciso distinguir entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal ("legitimatío ad causam" y "legitimatío ad processum"), entendida esta última como la facultad de realizar actos con eficacia en el proceso, limitando o restringiendo el concepto más amplio de la capacidad jurídica en derecho material a la aptitud para ser parte en el proceso, de tal suerte que para el buen fin de la acción ejercitada es requisito previo o presupuesto indispensable que el accionante esté dotado no sólo de la capacidad jurídica, sino también de la capacidad específica para actuar en el proceso»*

procesales que se le hubieren causado (...) o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima”.

c).- Se interpone en un momento posterior al de la interposición del recurso inicial.- El recurso adhesivo o recurso «reconvencional», es un recurso subordinado en el tiempo³⁶⁴, que requiere de la previa existencia de otro recurso, pues sin una previa apelación inicial, no es posible una apelación «reconvencional» o adhesiva.

No sólo porque, como veremos, en la jurisdicción penal el recurso «reconvencional» o adhesivo está supeditado al recurso inicial, y por tanto requiere de la existencia de éste para su viabilidad porque así lo ha querido el legislador; sino porque el momento procesal de su interposición depende del inicial. Así efectivamente el art. 790.1.II LECrim. establece que la parte que no hubiere apelado (inicialmente), *“podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones (...), ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan”*, y el art. 846.bis.b).III LECrim. para el Tribunal por Jurado, que *“la parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación”*.

Es claro por tanto que sólo si se ha interpuesto recurso de apelación inicial, puede abrirse el plazo común para formular alegaciones o impugnar el recurso inicial, y para formular recurso de apelación «reconvencional».

d).- Se supedita al recurso inicial.- Recurso de apelación supeditado que plantea y da lugar a varias cuestiones que es interesante que analicemos: significado de la supeditación, quién puede formular apelación adhesiva, y de qué manera la actitud procesal del recurrente inicial condiciona la viabilidad del recurso adhesivo.

³⁶⁴ “Nadie puede adherirse a un recurso que no existe” (STS de 30 de mayo de 1992)- citada por RUIZ MORENO, J.M.: *La Adhesión a los recursos ...*, op. cit., pág. 17

1º.- Efectivamente el recurso de apelación adhesivo se supedita al recurso inicial, lo que lo diferencia del recurso de apelación «reconvencional» de la jurisdicción civil.

Supeditado no en cuanto al contenido³⁶⁵, pero si en cuanto a su conocimiento y decisión por el órgano *ad quem* a que el recurrente inicial mantenga su recurso, o no se inadmita. Efectivamente, del mismo modo que para el procedimiento abreviado y demás recursos de apelación que se siguen por sus trámites, el art. 790.1.II LECrim. establece en su último inciso que el recurso de apelación adhesivo “*quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo*”, el artículo 846.bis.d) LECrim. establece que las partes recurridas inicialmente pueden formular “*recurso supeditado de apelación*”.

Apelación supeditada con autonomía propia y autónoma del recurso principal, sin perder de vista las especialidades propias del Tribunal de Jurado, de manera que «la parte apelada podrá formular un escrito de impugnación al recurso, para oponerse al mismo mediante las alegaciones que estime oportunas a fin de contrarrestarlo y pedir la confirmación de la sentencia impugnada»³⁶⁶. Si la apelación supeditada no tuviese autonomía, carecería de sentido la previsión legal de admitir la réplica del recurrente principal en el acto de la vista (art. 846.bis.e) LECrim.).

Tanto la apelación inicial como la adhesiva se interponen de la misma manera³⁶⁷ como hemos visto al estudiar la tramitación, de manera que tanto el recurrente inicial como el adhesivo, formalizarán su recurso por escrito, lo presentarán ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él expondrán las alegaciones sobre los motivos que se incluyen en el apartado 2, y podrán proponer la prácticas de prueba en los supuestos

³⁶⁵ El legislador utiliza la expresión “*apelante principal*”, que como argumentamos es desacertada, habiendo sido más correcto utilizar la expresión “*apelante inicial*”, toda vez que la adhesión supeditada no es una apelación subordinada, ni tiene el carácter de coadyuvante.

³⁶⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A.: *La apelación de la sentencia en el juicio con jurado*. Publicaciones del Real Colegio de España (Zaragoza), Bolonia, 1998, pág. 223

³⁶⁷ Exposición ordenada de las alegaciones en que el recurrente lo sustentaba, y que necesariamente habría de ser en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas, o infracción de las normas del ordenamiento jurídico (art. 790.2 LECrim. posterior 2009). Además, en el escrito de formalización, el recurrente podía pedir la práctica de diligencias de prueba, limitada a los supuestos que contempla.

del apartado 3³⁶⁸, ambos del art. 790 LECrim. para el procedimiento abreviado, y en el art. 846.bis.c) LECrim. para el Tribunal del Jurado, con la excepción de que en este segundo caso no se permite la proposición y práctica de prueba en la segunda instancia. De manera que es perfectamente factible que el recurrente adhesivo sustente su recurso en unos motivos coincidentes o no con los del recurrente inicial, y por tanto que la finalidad de ambos recursos sea distinta: los dos irán encaminados a la modificación, anulación o sustitución de la resolución impugnada, pero el alcance puede ser coincidente o diferente.

Al ser supeditado, adquiere coherencia el requisito de que el apelante principal mantenga su recurso, de manera que si el recurrente inicial no se persona ante el TSJ o renuncia a su recurso (art. 846.bis.d) III LECrim.), el recurso adhesivo se archiva junto con el principal, devolviéndose los autos al órgano *a quo* y procediéndose a la ejecución de la sentencia (art. 846bis.d).III LECrim.). Se trata por tanto el recurso de apelación adhesivo de un recurso que si bien no está subordinado al principal en cuanto a su objeto, sí lo está en lo procesal, de manera que no se continuará con su tramitación si el apelante principal no mantiene el suyo. Por ello se podría decir «que estamos ante un recurso supeditado en su *existencia* pero no en su contenido»³⁶⁹.

En efecto, como señala RUIZ MORENO³⁷⁰ ha sido una cuestión ampliamente debatida la del contenido de la adhesión a la apelación, cuestionándose si los motivos en que se fundamenta la adhesión deben tener la misma finalidad que los del recurso inicial o, por el contrario, pueden formularse otros distintos que, incluso, entren en contradicción con los del recurso primigenio. Son dos las posiciones³⁷¹:

³⁶⁸“diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables” (art. 791.3 LECrim.)

³⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J.; GIMENO SENDRA, V.: *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*. Colex, Madrid, 1996, pág. 377.

³⁷⁰ RUIZ MORENO, J.M., *La adhesión a los recursos ...*, op. cit. Págs.. 37 y ss.

³⁷¹ Ambas son expuestas en la STS núm 841/2016, de 8 de noviembre: “El principal problema que plantea la adhesión es el de señalar su contenido, respecto al que caben dos opciones: la de considerar que la adhesión es un recurso supeditado, coadyuvante y encorsetado al recurso principal al que se adhiere, o, por el contrario, la adhesión se plantea como una impugnación nueva, desvinculada a la del recurso

i).- La postura de la adhesión *coadyuvante* o *subordinada*: considera que la adhesión implica un reforzamiento del recurso inicial, de manera que el recurrente adhesivo puede añadir motivos, razonamientos y puntos de vista distintos a los invocados por el recurrente inicial, pero siempre con la misma finalidad del recurso inicial, pues la función del recurso adhesivo es ayudar o coadyuvar con el recurrente inicial. Conforme a esta posición, resultará inadmisibles un recurso adhesivo en el que se solicite o defienda algo divergente con el recurso inicial, pues ambos recursos deberían converger en una idéntica finalidad impugnativa³⁷².

La defensa de esta postura³⁷³ se basa en la vigencia del principio de preclusión, pues defienden que de admitirse la adhesión autónoma, el recurrente adhesivo estaría utilizando todas las posibilidades del recurso de apelación cuando ya ha pasado el plazo preclusivo para interponerlo; en el principio de igualdad, pues el apelante adhesivo formula su impugnación una vez conocidos los motivos y argumentos del recurrente inicial; y en la vulneración del principio de contradicción, pues efectivamente, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre³⁷⁴, no estaba previsto legalmente el traslado al recurrente inicial del recurso adhesivo.

principal sobre el que se ha estructurado”. En el mismo sentido STS 842/2016, de 7 de noviembre; 517/2016, de 14 de junio; 555/2014, de 10 de julio y 8/2010, de 20 de enero

³⁷² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor, 2010, pág. 1545.

³⁷³ Seguida por la Circular 1/2003, de 7 de abril de la Fiscalía del Tribunal Supremo, y en multitud de sentencias de las Audiencias Provinciales: SAP Burgos núm. 303/2016, de 19 de septiembre; Murcia, núm. 279/2016, 210/2016 y 413/2015, de 3 de mayo y 19 de abril de 2016, y 9 de octubre, entre otras muchas.

³⁷⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2011, págs. 34 y 35. Después de referirse la autora a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y al nuevo párrafo que se introdujo en el art. 790.1, entendía que «el legislador de 2009, al regular expresamente la posibilidad de adhesión a la apelación por parte de un inicialmente apelado, especificando además la amplitud del recurso adhesivo, quiso terminar con los graves problemas de interpretación que las normas anteriores provocaban, dando lugar a jurisprudencia un tanto contradictoria». Como expone CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *La segunda instancia penal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005, en exhaustivo estudio histórico «se ha venido señalando que fue el emperador Justiniano, en la Ley 39, Cod. de appellationibus, quien introdujo por primera vez la posibilidad de adherirse al recurso planteado, rectificando así una “antiquam observationem”».

A partir de la STC 162/1997, de 3 de octubre³⁷⁵, los juzgados ante los que se tramitaba la fase de interposición del recurso, cuando el apelado formulaba a su vez recurso adhesivo daban traslado al recurrente inicial para que pudiera formular alegaciones³⁷⁶, y si el juzgado no actuaba de esta manera, el órgano *ad quem* permitía a los recurridos adhesivos formular alegaciones en el acto de la vista, con lo que su celebración se hacía imprescindible.

ii).- La postura de la adhesión *autónoma*: la otra posición entiende que la adhesión no está condicionada por el recurso inicial, de manera que el adhesivo puede deducir una impugnación nueva y totalmente desvinculada del recurso inicial.

Postura que defienden quienes consideraban que la concepción de la adhesión como coadyuvante podía ocasionar un perjuicio al sujeto condenado en la primera instancia en sentencia que era recurrida por el acusador solicitando la agravación de una pena superior a la impuesta, de manera que el condenado sólo podría interesar en el trámite de alegaciones la confirmación de la sentencia de instancia. Situación que llevó a que algunos autores formularan una propuesta de *lege ferenda* para unificar la regulación de la adhesión en el proceso civil y en el penal³⁷⁷.

Con la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2009, y hoy mantenida, se soluciona la cuestión, de manera que el legislador configura la adhesión a la apelación como un recurso autónomo supeditado al inicial: “*La parte que no hubiere apelado en el*

³⁷⁵ AGUILERA MORALES, M.: «Adhesión a la apelación en procedimiento abreviado. Imposibilidad del apelante principal para contradecir el escrito de impugnación-adhesión: indefensión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1997, de 3 de octubre», en *Tribunales de Justicia*, 1998-5

³⁷⁶ Hasta el punto de que se condicionaba su regularidad: “*condicionamos la regularidad de la adhesión a la apelación (como vehículo en el que insertar pretensiones autónomas de las partes apeladas) a que hubiera existido posibilidad de debatir y contradecir tales pretensiones, de modo que el apelante principal tuviera oportunidad de defenderse, rebatiendo, a su vez, los argumentos de los adherentes (SSTC 53/1987, 91/1987 y 242/1988, además de las ya citadas).*” En idéntico sentido la STC 56/1999 de 12 de Abril.” Sentencias AP Alicante núm. 178/2007, de 7 de mayo; 502/2006, de 27 de septiembre, entre otras.

³⁷⁷ Vid. RUIZ MORENO, J.M., *La Adhesión a los Recursos ...*, op. cit. pág. 50, que a su vez cita a VARELA GÓMEZ, B.J.: *El recurso de apelación penal*. Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 176; CLIMENT DURÁN, C.: «Sobre la adhesión ...», op. cit., pág. 5240 y a SUAU MOREY, J.: *Tutela constitucional de los recursos ...*, op. cit., págs. 118 y 119

plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo”.

Las dos posturas encontradas han llevado a algunos autores a establecer una tipología de la adhesión, de manera que la adhesión *strictu sensu* es aquella que se limita a coadyuvar con el recurrente inicial, aportando argumentos en favor de la pretensión ejercitada por aquél, de manera que la adhesión al recurso sólo puede aspirar a cooperar, ayudar, sumar o reforzar los argumentos de las pretensiones del recurrente inicial, sin permitir la formulación de motivos distintos y sin autorizar al recurrente adhesivo aprovechar la existencia del recurso inicial para interponer un recurso nuevo que no fue interpuesto en el plazo inicial. Este tipo de adhesión, coincidente con la primera de las posturas, fue la acogida por nuestro Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales desde antiguo³⁷⁸, aunque con alguna que otra excepción³⁷⁹, incluso con posterioridad a la reforma por la Ley 39/2011, que opta precisamente por la concepción autónoma o contradictoria³⁸⁰.

³⁷⁸ Véase Parte II, Capítulo I.A.IV.

³⁷⁹ Como la del caso de la STC 200/2000, de 24 de julio, transcrita con anterioridad, en la que atribuye a la apelación adhesiva el carácter de recurso autónomo con respecto del recurso inicial, sin hacerlo depender o seguir la suerte del recurso inicial.

³⁸⁰ Lo que es especialmente grave, toda vez que frente a las sentencias dictadas en apelación por la Audiencias Provinciales no cabe recurso ordinario alguno. Un ejemplo lo tenemos en la SAP de Lérida, de 19 de octubre de 2.015 (SAP L 714/2015): *«el término adhesión debe reputarse equivalente a abundamiento o conformidad con la concreta pretensión procesal del apelante y no simple coincidencia en la voluntad de que la sentencia sea revocada, aunque en sentido distinto y aun opuesto al pretendido por la parte que ejercita en tiempo y forma su derecho de impugnación, siendo criterio pacífico el que considera que la adhesión como respuesta al traslado conferido en el trámite del recurso de apelación solo permite coadyuvar al recurso planteado, haciendo propia la petición o reforzándola con otros argumentos, pero sin modificar el objeto de discusión. La adhesión, en el proceso penal, es un mecanismo procesal en que se propicia la intervención coadyuvante de otro recurrente, y por las mismas cuestiones jurídicas expuestas por aquel, no pudiendo desnaturalizarse tal funcionalidad con la formulación de otros motivos que nada tengan que ver con aquéllos a los que se adhirieron. Como viene señalando el Tribunal Supremo adherirse significa asociarse y unirse al recurso, complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso (STS num. 996/01 , AATS de 7/3/88 , 20/7/92 , 16/9/94 ó 17/2/00 , entre otros)»*, que si se observa reproduce doctrina del TS en casos resueltos con anterioridad a la reforma, pues el caso resuelto por la citada Audiencia se trata de un recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado de lo Penal de 18 de junio de 2.015, en un procedimiento abreviado de 2.014 (PA 102/14).

En el mismo sentido la SAP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2.015: *«En efecto, la representación procesal de los perjudicados no formuló recurso de apelación contra la sentencia, sino que*

El otro tipo de adhesión, sería la coincidente con la segunda postura, esto es, la adhesión autónoma o contradictoria es la que permite al recurrente no inicial interponer un recurso independiente del interpuesto por el recurrente inicial formulando una pretensión totalmente autónoma, incluso contraria, a la del recurso inicial. Es aquella que entra en colisión con la pretensión formulada en materia penal por el recurrente inicial, y en la que en consecuencia, al ser absolutamente autónoma, no cabe hablar de recurrente principal o secundario, sino de recurrente inicial y de recurrente adhesivo o «reconvencional». Concepción que como hemos dicho se sigue desde la Ley 39/2011, y se mantiene con la reforma producida por la Ley 41/2015, si bien con el matiz de supeditar la apelación «reconvencional» a la inicial, no en cuanto a su contenido, pero si en cuanto a su recorrido procesal, de manera que el desistimiento del recurrente inicial, impide la decisión sobre el recurso adhesivo.

al darle traslado de los recursos de apelación interpuestos por las aseguradoras, presenta escrito de impugnación de los mismos y, a la vez, de adhesión, interesando que la cuantía indemnizatoria concedida en sentencia fuera ampliada con partidas que la juzgadora de instancia excluyó. Es evidente que las dos pretensiones son un contrasentido, y la adhesión no puede ser objeto de examen en esta alzada, porque incide sobre pronunciamientos consentidos por no ser apelados en plazo y porque su objeto rebasa el ámbito de la adhesión al recurso de apelación. Hoy día, con la redacción del art. 790 de la LECrim, es criterio pacífico el que considera que la adhesión como respuesta al traslado conferido en el trámite del recurso de apelación solo permite coadyuvar al recurso planteado, haciendo propia la petición o reforzándola con otros argumentos, pero sin modificar el objeto de discusión. La adhesión, en el proceso penal, es un mecanismo procesal en que se propicia la intervención coadyuvante de otro recurrente, y por las mismas cuestiones jurídicas expuestas por aquel, no pudiendo desnaturalizarse tal funcionalidad con la formulación de otros motivos que nada tengan que ver con aquéllos a los que se adhirieron. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo num. 1023/1999, de 23 de junio, adherirse significa asociarse y unirse al recurso, complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no 11 se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado. En el mismo sentido, la STS núm. 996/01, los AATS de 7/3/88, 20/7/92, 16/9/94 ó 17/2/00, entre otros, y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, de 22 diciembre de 2003, AP de Álava, Sección 2ª, de 31 enero de 2007, AP Málaga, secc. 7ª, de 28 de diciembre de 2009 o AP de Girona, Secc. 4ª, de 17 de mayo de 2010 SAP Soria, secc. 1ª, de cinco de junio de 2012, SAP de León 14 de noviembre de 2014»; resolviendo el recurso de apelación interpuesto frente a sentencia de 21 de abril de 2.014, en el PA 294/13.

Más prolija en su argumentación pero igualmente errática es la SAP de Cádiz de 10 de junio de 2.015: «Pues bien, ha de señalarse que en los casos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial "ad quem" amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversas y aun opuestas a la apelación principal), contenidas en la impugnación adhesiva, de manera tal que el apelante 6 principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (SSTC 53/1987, 91/1987 y 242/1988)... La doctrina se ha reiterado con posterioridad hasta las Sentencias 46/2005, de 28 de febrero, 158/2006, de 22 de mayo, y 234/2006, de 17 de julio, todas de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional».

2º.- El recurrente inicial no puede a su vez formular recurso «reconvencional».- Del carácter supeditado del recurso adhesivo, se extrae otra clara consecuencia, y es que sólo puede formular adhesión la parte que no hubiere apelado inicialmente a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil, en la que como hemos expuesto y defendimos, la parte que ostenta la condición de apelante inicial frente a un determinado pronunciamiento, puede a su vez interponer apelación «reconvencional» con respecto de otros pronunciamientos no impugnados inicialmente. En la jurisdicción penal esta posibilidad está vedada a quien ostenta la condición de recurrente inicial.

En efecto, en el procedimiento abreviado podrá adherirse a la apelación “*la parte que no hubiere apelado*” (art. 790.1.II LECrim.) en el plazo de los diez días para la interposición del recurso inicial frente a la sentencia de primera instancia; en el procedimiento de jurado “*la parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación*” (art. 846.bis.b).III LECrim.), y en el recurso de casación “*la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él*” (art. 861.IV LECrim.).

Así pues, el recurrente inicial deberá aprovechar su escrito de interposición, o de preparación del recurso de casación, para invocar todos los motivos de reproche que tenga frente a la sentencia objeto del recurso. No podrá, a la vista de las alegaciones de las demás partes recurridas, aprovechar el trámite de adhesión al recurso para impugnar pronunciamientos distintos de los inicialmente recurridos, ni invocar motivos distintos de aquellos con base en los que interpuso el recurso inicial, o preparó el recurso de casación.

3º.- La facultad de disposición del recurrente inicial sobre la viabilidad del recurso «reconvencional» o adhesivo.- El recurso adhesivo está supeditado a que el apelante inicial mantenga el suyo, de manera que si el apelante inicial renuncia a su recurso en cualquier momento anterior a que el órgano *ad quem* dicte sentencia en la segunda instancia, no compareciera al señalamiento de vista, o en el caso del Tribunal del Jurado una vez emplazado para ante el órgano *ad quem* no se personare, tanto el recurso inicial como el adhesivo decaerán.

Efectivamente, en el procedimiento abreviado se establece expresamente con respecto del recurso adhesivo que “*en todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo*” (art. 790.1.II *in fine* LECrim.), y para el recurso de apelación en el Tribunal del Jurado en los arts. 846.bis.b).III y 846.bis.d).I LECrim., de manera que pudiendo el recurrente inicial renunciar al recurso en cualquier momento anterior a que por el órgano de apelación se dicte sentencia, decaerá con el inicial el recurso adhesivo. Claro está, si fueren varios los recurrentes iniciales, será necesario para que decaiga la adhesión que renuncien todos los recurrentes iniciales, pues en tanto se mantenga un recurso inicial, la tramitación continúa.

Se plantea en el procedimiento abreviado, si la incomparecencia del recurrente inicial –o de todos los recurrentes iniciales– al acto de la vista acordada ex. art. 791 LECrim.³⁸¹, supone el decaimiento del recurso de apelación adhesivo, porque lo cierto es que el legislador no lo prevé. No al menos para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, porque para el recurso de apelación en el Tribunal del Jurado, si se contempla en el artículo 846.bis.d).III LECrim., cuando establece: “*Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán por el Secretario judicial los autos a la Audiencia Provincial, que declarará firme la sentencia y procederá a su ejecución*”.

Así como las remisiones a la regulación del recurso de apelación en el procedimiento abreviado son continuas, hasta el punto de que podemos denominarlo como “recurso de apelación común” (art. 846.ter.3 LECrim.), no se produce ningún reenvío a la regulación anterior en el tiempo (desde 1.995) del recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en el Tribunal del Jurado, y sólo se produce el reenvío en el art. 758 LECrim. a las “*normas comunes de esta ley*” para el “*enjuiciamiento*” de los delitos enumerados en el art. 757 LECrim. que determina el ámbito objetivo del procedimiento abreviado; y en puridad el enjuiciamiento se produce con anterioridad al dictado de la sentencia por el juzgador *a quo*

³⁸¹ Recuérdesse que puede acordarse la celebración de vista bien porque en los recursos inicial o adhesivo, o en los escritos de alegaciones de los recurridos, haya habido proposición de prueba, bien porque de oficio o a petición de parte lo acuerde el órgano de apelación por considerarla necesaria.

No obstante, consideramos que la incomparecencia de todos los apelantes iniciales al acto de la vista señalada ex art. 791 LECrim., es equiparable a la falta de personación ante el tribunal *ad quem*, que no sólo prevé el art. 846.bis.d).III LECrim. para el Tribunal del Jurado, sino también el art. 228 LECrim., ubicado en las disposiciones comunes, en donde se establece que “*si en el término del emplazamiento no se hubiere personado el apelante, el Secretario judicial mediante decreto declarará de oficio, desierto el recurso, comunicándolo inmediatamente por certificación al Juez, y devolviendo los autos originales si el recurso se hubiere admitido en ambos efectos*”.

d).- Su fin es necesariamente la modificación, anulación o sustitución de la resolución impugnada. Aún cuando una característica necesaria de las resoluciones judiciales es que, por seguridad jurídica, deben ser invariables a partir de un determinado momento, incluso respecto del propio tribunal que las dicta, no se trata de una regla –la de la invariabilidad- de carácter absoluto, permitiéndose un cauce para que el tribunal pueda hacer cambios en la resolución: el recurso.

D.- TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

I.- EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

A.- Frente a las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción, salvo las que pongan fin al proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre:

Se encuentra regulado en los arts. 212, 216, 217, 219, 220, 221, y 222 a 232 LECrim., y procede únicamente en los casos determinados en la Ley (art. 217 LECrim.). Se prevé contra las resoluciones del Juez de Instrucción (art. 216 LECrim.)³⁸², por escrito

³⁸² Con la excepción indicada de los autos que ponen fin al proceso por falta de jurisdicción o por acordarse el sobreseimiento libre, por virtud de lo dispuesto en el art. 846.ter.1 LECrim. para los que se prevé una tramitación específica, la misma que la del recurso de apelación contra las sentencias, con remisión a los arts. 790, 791 y 792 LECrim., del procedimiento abreviado.

con firma de letrado (art. 221 LECrim.) ante el mismo juez que la hubiere dictado (art. 219 LECrim.), y en el plazo de cinco días desde la última notificación de la resolución objeto de la impugnación (art. 212 LECrim.), siendo el competente para resolverlo el órgano judicial a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral (art. 220.II LECrim.). En éste procedimiento ordinario por delitos graves, el recurso de apelación aparece vinculado al de reforma, de manera que no puede interponerse sino después de haberse ejercitado el de reforma, aunque pueda proponerse de forma subsidiaria (art. 222 LECrim.)³⁸³.

Interpuesto el recurso, el Juez lo admitirá según proceda, en uno o en ambos efectos –devolutivo y suspensivo- (arts. 223 y 217 LECrim.). En el caso de que se admita en ambos efectos, el Letrado de la Administración de Justicia remitirá los autos originales al Tribunal que ha de conocer del recurso con emplazamiento de las partes para que se personen ante dicho Tribunal, en el término de quince o diez días, según que dicho Tribunal fuere el Supremo, o el Superior de Justicia o la Audiencia (art. 224 LECrim.). Sin embargo, cuando el recurso fuera admisible sólo con el efecto devolutivo, el Juez debe mandar por providencia³⁸⁴ deducir testimonio en el plazo que fije, que no podrá exceder de quince días con posibilidad de prórroga (art. 225.III LECrim.), del auto recurrido, de los escritos referentes al recurso de reforma, del auto apelado y de cuantos otros particulares considere necesario incluir (art. 225.I LECrim.). A los dos días siguientes de conocer la providencia mandando deducir los citados testimonios, el Ministerio Fiscal y la parte apelante podrán pedir al Juez la adición de otros particulares, resolviendo éste al día siguiente sin ulterior recurso. Una vez deducido el testimonio, se emplazará a las partes para que se personen ante el Tribunal que ha de resolverlo conforme a lo indicado para el recurso admitido en ambos efectos (art. 227 LECrim.). Las

³⁸³ Recuérdese que en el procedimiento ordinario, salvo los casos previstos en la Ley, como en los arts. 27 y 32 LECrim. frente al auto que deniega la inhabilitación, o en el art. 313 LECrim. por el que se inadmite la querrela, el recurso de apelación sólo produce el efecto devolutivo (art. 223 LECrim.), y debe ir precedido del de reforma (art. 222 LECrim.). Tras desestimarse el previo de reforma, pueden interponerse contra el auto del Juez de Instrucción que decreten el procesamiento de una persona (art. 384 LECrim.), o el recurso de apelación que cabe interponer contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado (art. 507 LECrim.), recurso de tramitación preferente y que se tramita conforme a lo previsto en el art. 766 LECrim. para el procedimiento abreviado.

³⁸⁴ Así se deduce del inciso primero del art. 225.II LECrim., que comienza señalando: “*dentro de los dos días siguientes al de serles notificada esta providencia ...*”

partes podrán presentar los documentos que estimen convenientes hasta el día antes de la celebración de la vista a la que a continuación aludimos (art. 231.I LECrim.).

Recibidos los autos por el Tribunal Superior que ha de resolverlo, salvo que no se personara la parte apelante, en cuyo caso el Letrado de la Administración de Justicia lo declararía desierto, con devolución de los autos al órgano *a quo* (art. 228.I LECrim.), el mismo Letrado dará vista de los autos por tres días para instrucción a la parte apelante, después a las demás partes y por último al Fiscal (art. 229 LECrim.). Devueltos los autos, el Letrado señala día para la vista dentro de los diez días siguientes, que se celebrará en todo caso, aún cuando no asistan las partes (art. 230.II LECrim.), y en la que las partes pueden informar lo que estimen conveniente. El Letrado de la Administración de Justicia debe cuidar, bajo su responsabilidad, de que el recurso sea resuelto en el plazo más breve posible, sin que transcurran más de dos meses entre el día de ingreso en la Audiencia del procedimiento y la vista (art. 230.III LECrim.).

Una vez firme el auto dictado, el Letrado del órgano *ad quem* se lo comunicará al Juez *a quo* para su cumplimiento, con devolución de los autos, si la apelación fue admitida en ambos efectos (art. 232.I LECrim.).

Por último, aplicable a cualquier recurso, si la parte recurrente es la acusación popular, debe constituir un depósito de 50 euros para interponer recurso de apelación (DA Quinta LOPJ).

Nada se prevé con respecto de la adhesión al recurso de apelación frente a resoluciones que no pongan fin al proceso. Recordemos que conforme al art. 217 LECrim. el recurso procede únicamente en los casos determinados en la Ley, de manera que no estando prevista la adhesión debe entenderse que no es posible. Las partes no recurrentes pueden alegar y oponerse al recurso del resto de las partes, incluso sumarse a él, pero no pueden, una vez transcurrido el plazo inicial, impugnar la resolución, lo que en última instancia resulta lógico.

B.- Frente a los autos que suponen finalización del proceso, por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, y frente a sentencias.-

Por virtud del art. 846.ter.1 LECrim. introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y para los procedimientos penales incoados con posterioridad al día 6 de diciembre de 2.016 (DT Única de la Ley 41/2015), fecha de entrada en vigor de la reforma (DF Cuarta de la Ley 41/2015), los autos que suponen la finalización del proceso por falta de jurisdicción o por acordarse el sobreseimiento libre³⁸⁵, así como las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, son recurribles en apelación, atribuyéndose la competencia para su conocimiento a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ en el primer caso, y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional en el segundo; órganos que habrán de constituirse con tres magistrados (art. 846.ter.2 LECrim.).

Para su tramitación, el legislador se remite a la ya prevista para el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas conforme a los trámites del procedimiento abreviado en los arts. 790, 791 y 792 de la LECrim., que analizamos más adelante³⁸⁶.

II.- EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

A.- Frente a resoluciones interlocutorias³⁸⁷:

El recurso y su tramitación lo regula el art. 766 LECrim., en sus cinco apartados, regulación tipo a la que incluso se remiten algunas normas del procedimiento ordinario como el art. 507 LECrim. Todos los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal, salvo en los casos en que expresamente se exceptúe el recurso, son susceptibles del

³⁸⁵ Como además se prevé expresamente en el art. 12 EV, frente a este auto de sobreseimiento, incluso sin que la víctima se haya personado con anterioridad al dictado de la resolución recurrida. Reiteramos que no encontramos explicación para que, en la misma situación e falta de personación previa, no se contemple expresamente que la víctima pueda interponer recurso de apelación frente a la sentencia.

³⁸⁶ Vid. *infra* Parte II, Capítulo II.D.II

³⁸⁷ Es decir, que no ponen fin a la instancia (BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.: *Aspectos fundamentales ...*, *op. cit.*).

recurso de reforma y de apelación, sin efectos suspensivos (art. 766.1 LECrim.), y sin que a diferencia del procedimiento ordinario, se exija intentar la reforma previa (art. 766.2 LECrim.).

El recurso de apelación se interpone mediante escrito motivado, y al no producir efectos suspensivos, señalando los particulares de los autos que se estimen convenientes, escrito al que el recurrente podrá acompañar los documentos que considere necesarios en justificación de las peticiones formuladas (art. 766.3 LECrim.). El plazo para la interposición es de cinco días a contar desde la fecha de la notificación del auto recurrido, o en su caso, de la notificación del auto resolutorio del facultativo recurso de reforma previo (art. 766.3 LECrim.), y ello aún en el caso de que la apelación se haya anunciado con carácter subsidiario a la reforma, pues conforme prevé el art. 766.4 LECrim., en tal caso, resuelta la reforma en sentido total o parcialmente desestimatorio, se dará traslado al recurrente para que formule alegaciones y presente documentos.

Interpuesto el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes personadas, por plazo común de cinco días, para que éstas por escrito puedan alegar lo que estimen conveniente, señalar otros particulares y acompañar en su caso los documentos que consideren en justificación de sus pretensiones (art. 766.3 LECrim.).

En los dos días siguientes al transcurso del plazo, el Letrado de la Administración remitirá testimonio de los particulares al órgano *ad quem* –la Audiencia Provincial en el caso de que el auto recurrido lo haya dictado el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si quien dictó el auto fue el Juzgado Central de Instrucción-, quien previamente podrá reclamar las actuaciones para su consulta, y que habrá de resolver el recurso en el plazo de los cinco días siguientes a la fecha de recepción, bien del testimonio, bien de la causa para su consulta (art. 766.3 *in fine* LECrim.).

En el apartado 5, se prevé la especialidad de que cuando el pronunciamiento recurrido tiene por objeto, acordar medidas cautelares, el apelante puede solicitar en el escrito de interposición la celebración de vista, que será preceptiva cuando la medida cautelar sea la de prisión provisional, y facultativa en el resto de los casos. La vista, en su caso, se señalará por el Letrado de la Administración para ser celebrada dentro del plazo de los diez días siguientes a la recepción de la causa en el órgano *ad quem*.

B.- Frente a sentencias (dictadas en el procedimiento abreviado, en el procedimiento ordinario ex art. 846.ter LECrim., en los juicios rápidos ex art. 803.1 LECrim., en los juicios por delitos leves ex art. 976.2 LECrim., y en el procedimiento de decomiso autónomo ex. Art. 803.3.r.1 LECrim.):

Como ya hemos señalado en varias ocasiones, el legislador de 2.015, además de prever el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en el procedimiento ordinario para los delitos más graves, y en el procedimiento de decomiso autónomo, señala como tramitación tipo la que está prevista para el procedimiento abreviado, con algunas modificaciones como luego veremos. Así conforme los arts. 846.ter.1 y 790 LECrim. son recurribles en apelación³⁸⁸ las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, los Juzgados de Instrucción en los juicios por delitos leves, y las dictadas en el procedimiento de decomiso autónomo por los Juzgados con competencia para instruir. Recurso que se sustanciará y tramitará conforme a lo establecido en los artículos 790 a 793 LECrim., si bien en algunos casos con especialidades con respecto a los plazos, y con el matiz terminológico de que las referencias hechas al Juzgado de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso³⁸⁹, y que son el superior jerárquico del órgano que dicta la sentencia recurrida: del Juzgado de Instrucción y del Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial (arts.82.1.2º LOPJ); del Juzgado

³⁸⁸ Las sentencias de conformidad sólo son recurribles cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, y sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada (art. 798.7 LECrim.).

³⁸⁹ Si la competencia para el conocimiento corresponde a una Sala, ésta se constituirá con tres magistrados, ex art. 846.ter.2 LECrim.

Central de lo Penal, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65.5º LOPJ); de la Audiencia Provincial la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (art. 73.3.c LOPJ); de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 64 bis LOPJ).

1.- Interposición o formalización del recurso. Los motivos de apelación.-

La interposición del recurso puede realizarse por cualquiera de las partes en el plazo de los diez días siguientes al de la notificación de la sentencia (art. 790.1 LECrim.), plazo durante el que las actuaciones se hallarán en la Oficina Judicial a disposición de las partes, y que podrá interrumpirse para la parte que, en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la sentencia, solicite copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones del juicio oral, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso se suspende, reanudándose una vez se hayan entregado las copias (art. 790.1 LECrim.).

Parece claro que la solicitud de la copia del soporte en que haya sido grabado el juicio oral suspende el cómputo del plazo para la interposición, pero sólo si la solicitud se deduce en el plazo de los tres días al de la fecha de la notificación de la sentencia, de manera que si la parte que quiere interponer recurso solicita la grabación fuera de ese plazo de tres días, podrá hacerlo, pero sin efecto interruptivo a efectos del cómputo del plazo. Solicitado en dicho plazo, el cómputo se reanuda a partir de la entrega, de manera que el solicitante habrá de interponer recurso en el plazo que le reste hasta los diez días, bajo amenaza de preclusión³⁹⁰.

Cuestión distinta es la fecha a partir de la cual debe iniciarse el cómputo del plazo, si desde la notificación a la concreta parte que quiere interponer el recurso, o desde la fecha de la notificación a la última de las partes, en aplicación directa del art. 212 LECrim. y analógica de lo que establece el art. 856 LECrim. para la preparación del recurso de casación. Entendemos que el plazo debe contarse desde la fecha de notificación a la última

³⁹⁰ En este sentido SAP La Coruña núm. 343/2015, de 19 de mayo; SAP Lérida núm. 521/2012, de 15 de noviembre, entre otras.

de las partes personadas como previene el citado art. 212 LECrim.³⁹¹, y a la vista del plural utilizado por el legislador en la redacción del art. 790.1 LECrim., en el que establece que “*el recurso podrá ser interpuesto por cualquier de las partes, dentro de los diez siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia*”, de manera que si el legislador hubiera querido que el plazo se contara individualmente para cada una de las partes desde la fecha en que a cada una se les hubiere notificado la sentencia, así lo habría establecido³⁹²

El escrito de interposición o formalización del recurso se presenta ante el órgano que dictó la resolución recurrida, mediante un escrito en el que, fijando un domicilio en el lugar donde tenga su sede el Tribunal *ad quem*, se expondrán, ordenadamente, los motivos en que se base la impugnación, y la proposición de medios probatorios en los términos previstos en el art. 790.3 LECrim. Los motivos previstos (art. 790.2 LECrim.) podrán ser:

1º.- Quebrantamiento de las normas y garantías procesales: conforme al art. 790.2.II LECrim. su invocación impone al recurrente la necesidad de expresar la norma legal o constitucional que se considere infringida y las razones por las que el recurrente considera que esa infracción le ha originado efectiva indefensión. Deberá igualmente acreditar el hecho de haber pedido la subsanación de la infracción en la primera instancia en el momento en que tuvo conocimiento de la misma, salvo en el caso de que se hubiere cometido en un momento en el que ya fuera imposible la reclamación. Si el recurso resultare estimado por ese motivo (art. 792.3 LECrim.), el Tribunal, sin entrar en el fondo “del fallo”, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos los actos procesales no afectados por la nulidad.

³⁹¹ No obstante, algunas Audiencias hacen la aludida interpretación analógica, como la SAP Santa Cruz de Tenerife, núm 468/2012, de 20 de diciembre.

³⁹² Por ejemplo con la siguiente redacción: el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez siguientes a aquél en que se le hubiere notificado la sentencia –al recurrente-. En cualquier caso, la prudencia exige contar el plazo desde la notificación a la parte que tiene propósito de recurrir.

2º.- Error en la apreciación de las pruebas: se viene interpretando en sentido amplio, y por tanto sin las limitaciones previstas para el recurso de casación (art. 849.2 LECrim.)³⁹³. Aquí es donde el legislador, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 41/2015, establece la distinción entre que el recurso lo interponga la acusación o el acusado, de manera que si el recurrente es la parte acusadora y pretendiera que la sentencia sea revocada en un sentido más perjudicial para el acusado, habrá de efectuar en el recurso una concreta motivación: deberá justificar la insuficiencia o la falta de racionalidad de la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia, y/o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada (art. 790.2.III LECrim.).

De esta manera, el recurso se basará en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y la queja podrá ser revisada por el tribunal *ad quem* con base en la grabación del juicio cuando sea necesario, pero no con el fin de efectuar una nueva valoración probatoria sobre la que sustentar una sentencia de resultado más agravatorio para el acusado que la de primera instancia, porque lo prohíbe el art. 792.2 LECrim., sino para en su caso restablecer el derecho a la tutela judicial vulnerado.

Si como consecuencia del recurso el tribunal *ad quem* estimara el motivo invocado, anulará la sentencia –absolutoria o condenatoria- y remitirá la causa al órgano que dictó la sentencia de primera instancia, con inclusión de un pronunciamiento en su sentencia sobre el alcance de la nulidad, y si debe extenderse al juicio oral. En el caso de la nulidad afecte al juicio oral, y deba celebrarse de nuevo, el tribunal *ad quem* concretará si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia para nuevo enjuiciamiento.

Se afirma por algunos autores³⁹⁴ que, como en tal caso, la sentencia de primera instancia anulada habría sido de sentido absolutorio, el magistrado no se habría forjado

³⁹³ MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales ...*, op. cit., pág. 86.

³⁹⁴ Por ejemplo MARCHENA GÓMEZ, M.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento ...*, op. cit. Pág. 538

un prejuicio contra el acusado, por lo que su derecho al juez imparcial no se habría comprometido; y que por otro lado, la acusación no siempre habrá de temer una falta de neutralidad en favor del acusado, que en todo caso quedaría disipado en el caso de que la razón de la estimación del recurso hubiera sido la omisión de la valoración de un medio de prueba cuya nulidad fue incorrectamente declarada.

No podemos menos que disentir, porque no hay necesidad ninguna de generar suspicacias para las partes, para lo que habría bastado establecer que en el caso de estimación del recurso por el motivo en que se solicita la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, para salvaguardar el principio de imparcialidad, se remitirán las actuaciones al órgano que dictó la sentencia de primera instancia, para su nuevo enjuiciamiento con una composición distinta, y prever un adecuado turno de sustituciones por jueces profesionales para tal contingencia. Más aún, habría bastado con instaurar un sistema de apelación plena en el que el recurso de apelación sea un auténtico *novum iudicium* y no una mera *revisio prioris instantiae*, permitiéndose la reproducción de la totalidad de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación del juicio, y la práctica de las diligencias de prueba que la parte recurrente no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que lo sean imputables al recurrente, como prevé el art. 790.3 LECrim.

3º.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico de carácter sustantivo. Por esta vía se trata de la denuncia de la infracción de normas de carácter material o sustantivo, como los errores en la calificación jurídica de los hechos que hayan sido declarados probados, o en la determinación de la pena o de la responsabilidad civil; motivo similar al habitual de infracción de ley, esto es la denuncia de la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, que se prevé para el recurso de casación en el art. 849.1º LECrim.

2.- Sustanciación del recurso.-

Recibido el escrito de formalización del recurso, y comprobado que reúne los requisitos exigidos, el órgano *a quo* admitirá el recurso (art. 790.4 LECrim.), entendemos que por providencia. En otro caso lo inadmitirá, pues efectivamente, establece el artículo 790.4 LECrim., que recibido el escrito de formalización del recurso de apelación, el Juez, “*si reúne los requisitos exigidos, admitirá el recurso*”, y que en el caso de apreciar la concurrencia de algún defecto subsanable, concederá al recurrente un plazo no superior a tres días para la subsanación. Por su parte el apartado 2 determina que el escrito de formalización del recurso, en el que habrá de fijarse un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede el órgano *ad quem*, se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y ello en el plazo de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia frente a la que se dirija el recurso, en el que se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre los motivos expresamente previstos. Además de estas previsiones específicas para el recurso de apelación frente a sentencias, debe estarse a la previsión genérica contenida en el artículo 221 LECrim. en cuanto establece que el recurso de apelación (además del de reforma y del de queja), habrá de interponerse mediante escrito autorizado con firma de Letrado.

El artículo 243.3 de la LOPJ, por su parte, establece que los órganos jurisdiccionales cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, que serán siempre subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en la Ley (apartado 4), exigiéndose que “*en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley*”.

Habrà de determinarse por tanto, y con carácter previo, qué actos procesales de las partes tienen el carácter de subsanables, y cuáles no, a los efectos de determinar en qué casos el Juez podrá inadmitir el recurso de apelación, a sensu contrario de lo establecido en el artículo 790.4 LECrim.³⁹⁵.

³⁹⁵ La jurisprudencia constitucional viene distinguiendo entre requisitos subsanables e insubsanables. Dentro de los primeros se han considerado la falta de firma de abogado y/o procurador (STC 213/90; 93/91, 177/91, 16/92, 126/93, 3-10-97), «*la intervención de procurador y la prueba fehaciente de la representación que alega ostentar*» (STC 133/91); «*la habilitación de letrado para ejercer su oficio fuera*

Bajo el prisma de una interpretación extensiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos³⁹⁶, podemos distinguir entre causas de inadmisión y defectos subsanables, de manera que serán subsanables todos los defectos que se produzcan y no afecten a los presupuestos determinantes de la procedencia del recurso, a su fundamentación, o a los derechos de las demás partes, así como aquellos actos para cuya subsanación se establezca un trámite específico³⁹⁷. Éstos sólo serán subsanables dentro del plazo improrrogable previsto para la interposición³⁹⁸, y en otro caso habrá de acordarse la inadmisión.

de la jurisdicción que corresponda a su Colegio» (STC 43/91, 126/93). Entre los insubsanables se encuentran "la no subsanación del defecto procesal en el plazo conferido al efecto» (STC 41/92), «la extemporaneidad o incumplimiento de un plazo, el cual se agota una vez llega a su término» (STC 157/89, 64/1992); interponer el recurso de casación diciendo «considerando que la sentencia por la que se estima la apelación es lesiva a los intereses de las partes "apelo" contra la misma ante el Tribunal Superior, con la súplica de que se le tenga por apelante» (STC 16/92); «el hecho del pago o consignación de las rentas vencidas previo a la interposición del recurso y necesario para la sustanciación del mismo» (arts 148.1 LAU y 1566 LEC)", aunque si sea subsanable «la falta de acreditación de dicho pago o consignación» (STC 46/89, 31/92, 51/92, 87/92, 115/92, 130/93).

³⁹⁶ En la STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 3, se recuerda que «es doctrina consolidada que tal derecho se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien es cierto que, a diferencia del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con la excepción de los recursos contra sentencias penales de condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; 191/2005, de 18 de julio, FJ 3). Y ello, como venimos declarando desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, se refleja forzosamente en la función de control atribuida a este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que vedan el paso a dicha fase, pues siendo la decisión sobre la admisión o no del recurso y la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello una cuestión de legalidad ordinaria que compete, según dispone el art. 117.3 CE, exclusivamente a los Jueces y Tribunales, aquel control se limita a verificar si la interpretación o aplicación de la norma que se adopte es o no arbitraria, notoriamente irrazonable o incurra en un error patente (por todas, STC 7/2015, de 22 de enero) o, dicho de otro modo, las decisiones judiciales que no admiten un recurso por no cumplir con los requisitos materiales y procesales legalmente previstos no son revisables a través del proceso de amparo, excepto en el caso de que se quebrante el derecho a la tutela judicial efectiva por haberse basado en una interpretación de la legalidad que haya que tachar, como se acaba de referir, de arbitraria, irrazonable o producto de un error patente».

³⁹⁷ Como ocurre con el art. 62 LEC, aplicable a la jurisdicción penal conforme al art. 4 LEC, de manera que en el caso de admisión del recurso por un órgano jurisdiccional que carezca de competencia funcional deberá dictar auto absteniéndose de conocer previa audiencia de las partes personadas por plazo de diez días, y el recurrente dispondrá de un plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso. Se trata del reconocimiento de la posibilidad de subsanar el defecto, en compensación al previo "error" del órgano jurisdiccional que sin tener competencia para conocer del recurso indebidamente lo admitió.

Incluso en este caso, el TS se ha mostrado favorable a que, tras la errónea interposición de un recurso ante tribunal competente, pueda presentarse luego el escrito de interposición ante el tribunal que sea competente, sin tomar en consideración el transcurso del plazo que ya fue consumido (ATS 13 de abril de 2.010).

³⁹⁸ Por ejemplo, la presentación ante órgano incompetente sería subsanable si dentro del plazo previsto para la formalización el recurrente advierte el error y vuelve a presentar el recurso esta vez ante el competente;

Entendemos por tanto, que no podrá acordarse la inadmisión del recurso sin que previamente se haya concedido un plazo no superior a tres días para posibilitar la subsanación (art. 790.4 LECrim.) de los defectos que consideramos subsanables y que consistan en que no se haya fijado un domicilio para notificaciones (790.2.I LECrim.) o el escrito no vaya firmado por Letrado (art. 221 LECrim.).

Solución distinta debe darse a los defectos o incumplimiento de requisitos en lo que se refiere a la fundamentación del recurso (máxime cuando se exige la asistencia letrada –firma de abogado-), porque en otro caso se afectaría el principio de preclusión y el derecho de igualdad de las demás partes, en especial las recurridas. Así, el artículo 790.2 LECrim. exige que en el escrito de formalización se expongan, ordenadamente, las alegaciones sobre los siguientes motivos –claro está, en el caso de que la parte recurrente quiera fundar su recurso en ellos-:

a).- Quebrantamiento de las normas y garantías procesales: cuando se pida la nulidad del juicio porque la alegada infracción haya causado indefensión al recurrente, señala el art. 790.2.II LECrim. que habrán de citarse las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Además habrá de acreditarse que se ha pedido la subsanación de la falta o la infracción.

Si el recurrente en su recurso, o bien no cita la norma legal o constitucional que considere infringida; o bien no expone las razones de la supuesta indefensión; o no acredita haber solicitado la subsanación de la falta o la infracción, debe inadmitirse el recurso el recurso de apelación por el órgano *a quo* que es a quien se le atribuye la facultad de hacerlo (art. 790.4 LECrim.), si bien es cierto la valoración e interpretación del cumplimiento de estos requisitos, que afectan a la redacción y fundamentación del recurso, debe hacerse en el sentido más favorable a la admisión, y por tanto al ejercicio del derecho al recurso. Ahora bien, si el recurrente no “*pidiera la declaración de nulidad del juicio*” por este motivo (art. 790.2.II primer inciso LECrim.), requisito de carácter

o si por error se identifica como recurrente a una parte distinta de la que ha sufrido gravamen por la resolución impugnada, advertido el error se subsana dentro del plazo previsto para la formalización.

puramente objetivo -o se pide o no se pide-, el órgano jurisdiccional habrá de inadmitir el recurso sin posibilidad de subsanación³⁹⁹.

Permitir la subsanación de estos defectos que afectan al fondo del recurso, supondría enervar el principio de preclusión con una ampliación de hecho del plazo para su formalización.

b).- Error en la apreciación de las pruebas: cuando sea la acusación quien alegue este motivo de recurso de apelación, y pida la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, “*será preciso que se justifique*” la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

La falta de justificación –no se trata de que el órgano *a quo* valore su razonabilidad, sino solamente de que aprecie la existencia de la justificación- deberá conllevar la inadmisión del recurso, del mismo modo, que en los casos en que se produzca la justificación pero no se solicite la anulación de la sentencia⁴⁰⁰, o no se concrete la pena que suponiendo un agravación con respecto de la sentencia de primera instancia considera el recurrente que debe imponerse. Cuestión distinta, como indicamos, será la falta de razonabilidad de la fundamentación del recurrente, o el caso tan habitual de que el

³⁹⁹ El argumento es claro, y es que la infracción de normas o garantías procesales que causen indefensión, como exige el motivo, afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y conforme a lo establecido en el art. 240.2 de la LOPJ, “*en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciar falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*”. En consecuencia, cuando el recurrente no solicite la declaración de nulidad del juicio, el Juzgador *a quo* no debe admitir a trámite el recurso ex art. 790.4 LECrim., ni el órgano *ad quem* estimarlo por este motivo. No tiene demasiado sentido que si la modificación se introduce por una Ley que pretende la agilización, los órganos *a quo* no pongan especial interés en comprobar que los escritos de interposición de los recursos de apelación cumplen los requisitos exigidos, y se amparen en que en última instancia ya se encargará el órgano *ad quem* de acordar la desestimación.

⁴⁰⁰ El mismo argumento que hemos expuesto en la anterior nota es aplicable en este segundo motivo, como ha declarado la APr. Madrid 623/2016, de 13 de septiembre; APr. Burgos 732/2016, de 15 de noviembre; APr. Navarra 288/2016, de 21 de diciembre, entre otras.

recurrente pretenda sustituir la valoración de la prueba que corresponde al juzgador de instancia (art. 741 LECrim.), por la suya propia subjetiva e interesada, que no provocará inadmisión, sino en su caso, la desestimación del recurso.

c).- Infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación: a diferencia de los anteriores motivos, en éste ningún requisito específico de cita de preceptos o justificación del motivo se establece, por lo que la ausencia de cita de las normas que se consideran infringidas, ya sea por inaplicación o por indebida aplicación, no conllevará la inadmisión del recurso, sino su probable desestimación.

Por último, en lo que se refiere a la admisión del recurso, señalamos que en nuestra opinión, en el caso de que el órgano jurisdiccional admita “indebidamente” un recurso que no satisface los requisitos y exigencias previstos en la norma, o que adolezca de defectos subsanables, que previa concesión de plazo al efecto no han sido subsanados, deben ser causa de desestimación del recurso.

Admitido el recurso de apelación ex art. 790.4 LECrim., el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito de interposición al resto de las partes (art. 790.5 LECrim.), quienes en el plazo de diez días podrán:

1º.- Formular alegaciones a los recursos interpuestos por las demás partes, fijando un domicilio para notificaciones, y pudiendo solicitar la práctica de la prueba en los casos a los que se refiere el apartado 3 (art. 790.5 LECrim.).

2º.- Adherirse a la apelación, “*ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan*” (art. 790.1.II LECrim.), es decir, que la parte inicialmente recurrida puede aprovechar el trámite de alegaciones al recurso del recurrente inicial para a su vez impugnar la sentencia y deducir pretensiones favorables a sus intereses, incluso proponiendo medios de prueba, mediante un escrito de formalización o interposición ante el órgano que dictó la resolución recurrida, en el que, fijando un domicilio en el lugar donde tenga su sede el Tribunal *ad quem*, se expondrán, ordenadamente, los motivos en

que se base la impugnación, y la proposición de medios probatorios en los términos previstos en el art. 790.3 LECrim. (art. 790.2 LECrim.)

Tanto si se formulan alegaciones, como si se interpone recurso de apelación «reconvencional», el Letrado de la Administración dará traslado de los escritos a las demás partes (art. 790.6 LECrim.). En el caso de que alguna de las partes recurrida formule apelación «reconvencional», la parte recurrida reconvencionalmente podrá “*impugnar la adhesión, en el plazo de dos días*» (art. 790.1.III LECrim.)⁴⁰¹. Evacuado el trámite, o precluido el plazo para hacerlo, el Letrado elevará al órgano *ad quem* los autos originales con los escritos presentados (art. 790.6 LECrim.).

La diferencia en la extensión de los plazos provoca un claro desequilibrio, pues mientras que sólo para la labor de interposición del recurso inicial se dispone del plazo de diez días (art. 790.1.I LECrim.), el recurrido inicial dispone del plazo de diez días para la doble labor de impugnar y oponerse al recurso inicial y para formular en su caso recurso de apelación adhesivo (art. 791.1.II LECrim.); y por otra parte el recurrente inicial dispondrá sólo del plazo de dos días⁴⁰² –ocho menos- para impugnar y oponerse a la apelación adhesiva o «reconvencional».

No se entiende la diferencia tan grande que hay en los plazos, o por qué el plazo para oponerse al recurso adhesivo es tan breve, de tan sólo dos días⁴⁰³. Bien pudiera el

⁴⁰¹ Trámite introducido por la Ley 13/2009, en virtud de la doctrina del TC, toda vez que con anterioridad, si el recurrido inicialmente formulaba adhesión, no se preveía trámite para que el recurrente inicial formulara alegaciones causándole indefensión.

⁴⁰² El plazo de dos días concedido a las demás partes para impugnar la adhesión a la apelación es excesivamente corto. Aunque hay que entender que, previamente, debería procederse a su admisión por el Juez como sucede con el recurso de apelación ordinario (790.4 LECrim) lo que en la práctica puede ampliar de facto el plazo legalmente previsto porque se dispondrá del escrito de adhesión días antes de que se proceda a su proposición y admisión, no parece que resulte conforme al principio de igualdad de armas que en este caso sólo se concedan dos días para oponerse a la adhesión a la apelación, cuando la oposición al recurso originario tiene previsto un plazo de diez días para formularse.

⁴⁰³ Tal vez sea la equiparación con otros recursos contemplados en la LECrim. la que ha llevado al legislador a fijar un plazo tan breve. Así por ejemplo, el plazo para oponerse al recurso de reforma es de dos días, no porque así lo establezca expresamente el legislador, sino porque es el plazo que tiene el Juez para resolverlo conforme a lo dispuesto en el art. 222 LECrim, previo traslado a las partes recurridas de la copia del recurso.

legislador, y es una de nuestras propuestas de “*lege ferenda*”, ampliar el plazo del recurrido por adhesión hasta al menos los cinco días.

El recurso de apelación «reconvencional», en todo caso queda supeditado a que el apelante inicial mantenga el suyo (art. 790.1.II *in fine* LECrim.) Es cierto que la dicción literal sólo hace mención al apelante: “*En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo*”, olvidando que tan apelante lo es el inicial como el «reconviniente». No obstante, parece claro que se refiere al apelante «inicial», de manera que si en cualquier momento de la tramitación del recurso el apelante inicial desiste del recurso, quedará sin efecto el recurso de apelación «reconvencional»⁴⁰⁴.

3.- Decisión del recurso.-

Recibidos los autos por el órgano *ad quem*, tras resolver en tres días sobre la admisión de la prueba propuesta, acordará que por el Letrado de la Administración de Justicia se señale día para la vista con citación de las partes, pudiendo acordarse también, de oficio o a petición de parte, la celebración de ésta aunque no se proponga prueba, cuando el Tribunal lo estime necesario para la mejor decisión del recurso. La vista se señala dentro de los quince días siguientes, debiendo ser informada la víctima aunque no se haya personado en el procedimiento, pero sólo si lo solicitare (art. 791.2 LECrim.)⁴⁰⁵, y se celebrará empezando por la práctica de la prueba que hubiere sido propuesta y admitida, y por la reproducción de la grabación de las sesiones del juicio oral, “*si hay*

⁴⁰⁴ Aclaremos que una vez admitido a trámite el recurso ex art. 790.5 LECrim., la única forma en que puede quedar sin efecto la apelación «reconvencional», antes de su resolución por el órgano *ad quem*, es por desistimiento del apelante. En efecto, para el recurso de apelación frente a autos que supongan fin del procedimiento o frente a sentencias no se prevé un trámite de emplazamiento para ante el órgano *ad quem* como en art. 227 LECrim para el recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias, de manera que si el recurrente no satisface la carga procesal en que el emplazamiento consiste, se declarará desierto el recurso ex art. 228 LECrim. Una vez admitido el recurso ex art. 790.5 LECrim., el órgano *ad quem* podrá desestimarlos en sentencia, por ejemplo por no haber satisfecho el apelante la carga de acreditar haber pedido en el momento procesal oportuno la subsanación de la falta o infracción de la norma o garantía procesal en concreto, que le haya causado indefensión. Pero en tal caso habrá de resolver también la apelación «reconvencional».

⁴⁰⁵ Debemos entender que mediante escrito deducido en cualquier momento anterior al momento del señalamiento para la vista.

lugar a ello” (art. 791.2.II), tras lo cual las partes resumirán oralmente el resultado de la prueba practicada y el fundamento de sus pretensiones (art. 791.2.II *in fine* LECrim.).

Si no se hubiere acordado la celebración de vista porque no se hubiere admitido la práctica de la prueba propuesta, y el órgano *ad quem* no la hubiere considerado necesaria, dictará sentencia: en los cinco siguientes de la vista, o si no se hubiere celebrado en los diez días siguientes de la recepción del procedimiento (792.1 LECrim.), y se notificará la sentencia a los ofendidos y perjudicados aunque no se hayan mostrado parte.

La sentencia puede ser desestimatoria del recurso, ya sea inicial o «reconvencional», o estimatoria. En tal caso, de estimación, conforme a lo dispuesto en el art. 792.2.I LECrim., la sentencia de apelación “*no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiere sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas*” alegado conforme a los términos del art. 790.2.III LECrim. Así la sentencia de apelación podrá:

a).- Anular la sentencia apelada por haber incurrido en error en la valoración de la prueba. A tal fin, el órgano *ad quem* concretará si la nulidad se extiende al juicio oral, y en ese caso si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primer instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (art. 792.2.II *in fine* LECrim.), y devolverá las actuaciones al órgano *a quo* (art. 792.2.II LECrim.).

b).- Anular la sentencia apelada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, sin entrar en el fondo del fallo, en cuyo caso ordenará que se retrotraiga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido no se vea afectado (art. 792.3 LECrim.).

c).- Estimar el recurso por cualquier motivo de los alegados que no sea el error en la apreciación de la prueba (supuesto a) anterior), o de quebrantamiento de las normas o

garantías del proceso que hubieren causado indefensión (supuesto b) anterior), en cuyo caso no rige la prohibición de condena al acusado absuelto, ni de agravación al condenado. Es decir, que el órgano *ad quem* está facultado para agravar la condena o revocar la absolución por infracción de normas (sustantivas) del ordenamiento jurídico, pues de la dicción literal del precepto se deduce que la prohibición es operativa sólo en el caso de apreciarse “*error en la apreciación de las pruebas*”.

Parece claro, que en este último supuesto, el tribunal *ad quem* podrá revocar la sentencia absolutoria sin necesidad de celebrar vista, y por tanto sin necesidad de haber escuchado al acusado, pues los hechos declarados probados tras la valoración de la prueba por el juzgador de la instancia quedarán incólumes.

Tanto en el caso de estimación, como en el de desestimación del recurso, ya sea el inicial o el «reconvencional», y conforme a lo dispuesto en el artículo 792.4 LECrim., frente a la sentencia dictada en apelación podrá interponerse recurso de casación⁴⁰⁶: por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, las sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1.a).1º y 2º LECrim.); y sólo por infracción de ley del motivo previsto en el art. 849.1º LECrim. las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional⁴⁰⁷.

III.- EN EL TRIBUNAL DEL JURADO

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, por la que se regula el Tribunal del Jurado, establece varias posibilidades de impugnación de las resoluciones que pueden

⁴⁰⁶ Sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y la posibilidad de impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado, conforme a los arts. 791 y 793 LECrim.

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de lo Penal en los procedimientos en los que tienen atribuida la función de enjuiciar, podrá interponerse recurso de apelación, y contra la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial podrá interponerse recurso de casación por infracción de ley, cuando, dados los hechos que se declaren probados en la sentencia de la Audiencia Provincial, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

dictarse a lo largo de su procedimiento, aunque como señala parte de la doctrina, sólo deben denominarse recursos los previstos frente a la sentencia⁴⁰⁸, esto es, el recurso de apelación y el recurso de casación. A la regulación del recurso de apelación se dedica el Título I del Libro V de la LECrim., introducido por la Disposición final 2ª de la LOTJ, y que se compone de un artículo 846 bis, letras a)-f), en los que se regula el procedimiento a seguir por las apelaciones interpuestas contra las resoluciones recaídas en el proceso. A partir de la Ley 41/2015, se introduce un artículo 846.ter, por el que, como hemos visto, se generaliza la segunda instancia en la jurisdicción penal al prevér el recurso de apelación también para los delitos seguidos por las trámites del procedimiento ordinario.

Así por la LOTJ se reimplanta la institución del Jurado en nuestro ordenamiento jurídico, dando cumplimiento al mandato establecido en el art.125 CE, y se introduce un modelo procedimental que abarca a todas las fases del proceso, incluyendo los recursos contra la sentencia.

Doctrina y jurisprudencia consideran que se trata de un recurso de carácter extraordinario de carácter atípico y que en consecuencia no provoca la apertura de la segunda instancia, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación que hemos estudiado hasta aquí, y ello porque sólo procede por motivos tasados, y el tribunal *ad quem* únicamente puede enjuiciar dichos motivos sin que pueda hacer una revisión completa de lo juzgado por el Tribunal del Jurado⁴⁰⁹, hasta el punto de haber sido calificado en alguna ocasión como de recurso de casación anticipado.

⁴⁰⁸ CARMONA RUANO, M.: “Los medios de impugnación ante el Tribunal del Jurado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. El Tribunal del Jurado*. Madrid, CGPJ, 1995, p.609, afirma que no son recursos, por ejemplo, la devolución del veredicto al jurado acordada por el Magistrado-Presidente, ni las reclamaciones contra el acto del sorteo de candidatos al jurado, que ni siquiera es un acto procesal, sino que debía considerarse administrativo. Sin embargo la ley del Jurado de 20 de abril de 1888 daba sustantividad al veredicto lo que suponía equipararlo, técnicamente, a la sentencia.

⁴⁰⁹ En este sentido se expresa TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal*, Colex, 2013, pág. 121, a quien seguiremos en esta exposición.

La propia jurisprudencia califica este recurso de apelación de “extraordinario”, citando a su lado al recurso de casación. Así por ejemplo STSJ Asturias Sala de lo Penal núm. 1/2011, de 29 de marzo, entre otras muchas.

En efecto, el recurso de apelación que se introduce en por la LOTJ responde a la categoría de los recursos extraordinarios, al tratarse de un recurso que ha de interponerse sobre la base de motivos predeterminados por el legislador que delimitan las facultades de conocimiento y resolución del recurso por parte del órgano encargado de su resolución, en concreto, debe fundarse en alguno de los motivos de nulidad o ilegalidad preestablecidos en el art. 846 bis c) LECrim., entre los que no se contempla por ejemplo, la posibilidad de revisar los hechos declarados probados, ni la valoración de los mismos, o la posibilidad de proponer prueba, aunque sea tasada, para su práctica ante el tribunal *ad quem*. Así, no se trata realmente de un recurso ordinario como el de apelación que hemos analizado, que permita calificarla ni siquiera como limitada, ya que no se busca un segundo conocimiento de la causa⁴¹⁰.

Por este motivo, se ha planteado si el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas conforme a este procedimiento del Tribunal del Jurado, satisface el derecho a la doble instancia a la que se hace mención en la propia Exposición de Motivos de la LOTJ: “la nueva apelación aspira a colmar el derecho al doble examen, o doble instancia, en tanto su régimen cumple satisfactoriamente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos, el recurso de casación” (apartado VII.4 de la Exposición de Motivos de la LOTJ).

Una vez más el Tribunal Constitucional ha defendido⁴¹¹ -como lo hizo en su momento con la regulación del recurso de casación, y con el recurso de apelación-, que el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, satisfacía el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP, con base en una interpretación

⁴¹⁰ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La apelación de la sentencia ...*, op. cit., pág.39, y CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *La segunda instancia ...*, op. cit., pág. 28, refiriéndose esta última a las distintas modalidades de impugnación existentes en el proceso penal, indica que para los delitos competencia del TJ “...se establecen, en una situación en cierto modo anómala, dos recursos extraordinarios sucesivos- apelación (y su denominación es incorrecta y genera confusión) y casación-”

⁴¹¹ SSTC 70/2002 de 3 de abril, 80/2003 de 28 de abril, 105/2003 de 2 de junio y 123/2005 de 12 de mayo, y respecto del TS (sala 2ª), ATS de 14 de diciembre de 2001, y SSTS 692/2002 de 18 de abril; 37/2003 de 22 de enero; 474/2004 de 13 de abril; 183/2005 de 18 de febrero y 807/2005 de 22 de junio.

que expresamente ha sido rechazada por el TEDH, como hemos puesto de manifiesto⁴¹². No obstante dicha defensa, lo cierto es que al menos para el recurso de casación se permite la revisión de los elementos fundamentales que han determinado la condena, entre los que se encuentra la actividad probatoria llevada a cabo ante el juez o tribunal que dictó la primera sentencia, a través del motivo contemplado en el art.849.2º LECrim.⁴¹³, de manera que en principio, no parece justificarse que en el recurso de apelación regulado contra las sentencias del Tribunal del Jurado se omita la mención a cualquier motivo de recurso por error en la valoración de la prueba, lo que implica dar mayor extensión al recurso de casación respecto del de apelación ante el Tribunal del Jurado, ya que ni siquiera se cuenta en este último con la posibilidad de práctica de la misma en segunda instancia, a diferencia de la apelación ordinaria.

De ahí que obviamente, la intervención del jurado lleva consigo una clara restricción de las posibilidades de apelación, por más que se justifique en la diferente motivación de la sentencia condicionada al veredicto decidido por jueces legos⁴¹⁴; y en la propia configuración del Tribunal del Jurado, integrado por jueces exclusivamente legos, de forma que un régimen distinto que permitiera a jueces técnicos la revisión fáctica, conforme al veredicto de los anteriores, podría conculcar la propia naturaleza del jurado, en el sentido de poner en duda la intangibilidad del propio veredicto⁴¹⁵.

⁴¹² Vid. *supra* Parte II, Capítulo I.A.VI.C

⁴¹³ Establece el art. 849.2º que se entenderá que se ha infringido la ley para el efecto de que pueda interponerse recurso de casación, “*cuando haya existido error en la apreciación de la prueba*”.

⁴¹⁴ La LOTJ trata de cumplir la exigencia constitucional de motivación, introduciendo la obligación del jurado de incluir, en el acta de la votación, un apartado expreso en el que los jurados han de explicar las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Así, el art. 61.1.d) LOTJ señala, en atención a lo que deberá incluirse en el acta una vez concluida la votación, que: “Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones los siguientes:...”

⁴¹⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.A.: *La apelación de la sentencia* ..., *op. cit.*, pág. 80, haciendo referencia a la distinción entre el sistema puro del jurado – que es el instaurado en nuestro ordenamiento jurídico-, y el de escabinato o mixto- integrado por jueces legos y técnicos-, afirmaba que “...los países de tradición anglosajona, que conocen de un sistema de jurado formado por jueces legos, sólo contemplan frente al veredicto un recurso ante un Tribunal superior, constituido por jueces técnicos, pero por causas que se restringen, prácticamente, a cuestiones jurídicas y en muy raras ocasiones por motivos de hecho”.

A.- Sentencias susceptibles de recurso, y órgano competente.-

En el art. 846.bis.a) LECrim. se establece que las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado⁴¹⁶, serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ correspondiente⁴¹⁷, de manera que el veredicto es recurrible en tanto su contenido se incorpora a la sentencia (art. 70.1 LOTJ). Quedan excluidos del recurso de apelación las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente en el caso de Tribunales del Jurado que, por razón del aforamiento del acusado, se constituyan en el ámbito del TS o de un TSJ (arts. 1.3 y 2.1 LOTJ), frente a las que sólo podrá interponerse recurso de casación respecto de la sentencia del TSJ, y de amparo ante el TC respecto de las dictadas por el TS⁴¹⁸.

⁴¹⁶ La competencia objetiva del Tribunal del Jurado se establece en el artículo 1, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

⁴¹⁷ El art. 846 bis a).III LECrim., en concordancia con lo dispuesto en el art. 196 LOPJ, respecto de la formación de la sala del TSJ para conocer de este recurso, dispone que la sala de lo Civil y Penal, se compondrá de tres magistrados. Esta referencia, como señalaba MONTERO AROCA, debía matizarse ya que implicaba que debían establecerse reglas generales de composición de sala -al tener muchas de ellas, cuatro magistrados, aparte del presidente-, turno de ponencias, y además, en los casos de salas con cuatro magistrados, por aplicación del art.197 LOPJ, pudiera actuar con todos los magistrados que la integran (MONTERO AROCA, J.: *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*. Comares, Granada, 1996, p.77).

Esta situación se aclaró con la reforma de la LOPJ por LO 19/2003, de 23 de diciembre, al dar nueva redacción al art. 73 en el sentido de atribuir a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como Sala de lo Penal, el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes - apartado 3 c)-, añadiendo el apartado 6º que “...podrán crearse una o más secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere el párrafo c) del apartado 3 de este artículo y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior”.

⁴¹⁸ Algún autor ha defendido la posibilidad de interponer recurso de apelación o recurso de casación en sus respectivos casos y ante los mismos órganos de enjuiciamiento ya que se considera que el Tribunal del Jurado, si bien se constituye, por razón del aforamiento del acusado en los anteriores, es esencialmente distinto en su composición al órgano técnico que debe resolver el recurso. Así en este sentido ESCUSOL BARRA, E. *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*. Colex, Madrid, 1996, p.287.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La apelación de...*, op. cit., pág.108, apunta que sería conveniente implantar un recurso del que conociera un Tribunal de jueces técnicos, cuando el juicio se hubiera celebrado en el TS, de carácter extraordinario y por los mismos motivos que se recogen en el art 846 bis c) LECrim. y ello con el fin de salvaguardar el derecho a la segunda instancia a que se refiere el art 14.5 del PIDCP. En este mismo sentido, CARMONA RUANO, M.: «Los medios de impugnación ...», op. cit., p.682, indica que no hay impedimento para la interposición del recurso de casación en este supuesto ya que conocería con toda evidencia un órgano distinto de aquel que conoció del proceso.

B.- Legitimación para recurrir.-

Están legitimados para recurrir la sentencia del Tribunal del Jurado, el condenado, el Ministerio Fiscal⁴¹⁹ y las demás partes (art. 846.bis.b) LECrim.), siempre que la sentencia suponga un gravamen, presupuesto de todos los recursos, como hemos visto. También el acusado absuelto, cuando se haya declarado la exención de responsabilidad criminal si se impusiere una medida de seguridad o por declaración de responsabilidad civil. Del mismo modo están legitimados quienes sin haber sido parte en el proceso resulten perjudicados por la sentencia por aplicación subsidiaria el art. 54 LECrim., en el que se hace mención a la legitimación para interponer recurso de casación a los herederos de quienes hayan sido parte, a quien sin haberlo sido resulte condenado y sus herederos, así como a los actores civiles en cuanto les pueda afectar las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que se hayan reclamado.

En el art. 846.bis.b) LECrim. se prevé la adhesión a la apelación, esto es, la posibilidad de adherirse al recurso de apelación interpuesto por otra parte, pero con el carácter de supeditado, recurso adhesivo del que se dará traslado a las demás partes (art. 846bis.d) *in fine* LECrim.), sin que se prevea la contradicción por el inicialmente recurrente con respecto de la apelación adhesiva. Una vez transcurrido el plazo para impugnar el recurso inicial, y en su caso, para formular la apelación adhesiva, se emplazará a las partes para que en el plazo de diez días se personen ante el órgano *ad quem* (art. 846.bis.d).II LECrim.).

El recurso de apelación adhesivo podrá contener pretensiones propias y diferentes de la apelación principal e incluso contrarias, pero sometidas –supeditada- al mantenimiento de la apelación principal.

⁴¹⁹ El Ministerio Fiscal, por mandato del artículo 124 CE, está legitimado para recurrir en apelación siempre en beneficio del condenado aunque el fallo sea favorable a sus pretensiones y por tanto no le cause gravamen, por los principios de legalidad e imparcialidad que deben regir su actuación- arts. 3.4 y 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal- al objeto de conseguir el mayor acierto de las resoluciones judiciales. En este sentido SSTs de 11 de julio de 1991 y 11 de mayo de 1992.

C.- Tramitación del recurso.

1.- Interposición y sustanciación del recurso.-

Aunque no se establece expresamente, el recurso ha de interponerse por escrito firmado por Abogado, en el plazo de los diez días siguientes al de la última notificación de la sentencia a las partes (art. 846.bis.b).I LECrim.)⁴²⁰, en el que la parte recurrente expone los motivos en los que lo fundamenta, que habrá de ser los expresamente previstos en el art. 846.bis.c) LECrim. a tenor de su dicción literal: “*El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes*”, a los que más adelante haremos referencia, y que servirán de fundamento para su admisibilidad por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado. Admisibilidad a la que en puridad ninguna mención se hace, como por ejemplo ocurre con el art. 790.4 LECrim. con respecto al resto de los recursos de apelación frente a sentencias, en cuya tramitación, el órgano *a quo* habrá de valorar la concurrencia de los requisitos exigidos de plazo y forma.

La única mención se contiene en el último párrafo del art. 846.bis.c) LECrim., en donde se lee que “*para que pueda admitirse el recurso, deberá haberse formulado protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada*”, cuando entre los motivos en los que se fundamenta el recurso de apelación se encuentren: la infracción de normas o garantías procesales causantes de indefensión (ap. a), la desestimación de la solicitud de disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo (ap. c), o que se hubiere acordado la disolución del jurado sin que ello procediera (ap. d).

Se infiere por tanto que con anterioridad a dar traslado del recurso a las demás partes (art. 846.bis.d) LECrim.) el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado (que es el órgano *a quo*), puede dictar resolución –en forma de auto- acordando la inadmisión del recurso por defectos insubsanables, o no subsanados en el plazo que para ello se conceda⁴²¹. Si no acuerda la inadmisión, y como no se prevé pronunciamiento expreso

⁴²⁰ Se sigue la misma regla de los arts. 211, 212 y 856 LECrim.

⁴²¹ Frente al auto de inadmisión podría interponerse recurso de queja por aplicación del art. 218 LECrim., ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ.

sobre la admisión, del escrito de interposición se dará traslado a las partes inicialmente recurridas, quienes en el plazo de cinco días podrán:

a).- Impugnar el recurso interpuesto por el recurrente inicial, aunque nada impide que las partes inicialmente recurridas puedan apoyar el recurso inicial en su escrito de alegaciones que habrán de formular en el plazo de cinco días siguientes a la fecha en que se les ha dado traslado (art. 846.bis.d) I LECrim.).

b).- Formular “*recurso supeditado de apelación*”, es decir, apelación adhesiva (art. 846.bis.b) III LECrim.). Efectivamente, quienes no recurrieron inicialmente la sentencia, pueden interponer recurso de apelación frente a la sentencia que les causa perjuicio, en el plazo (“*término*”) de los cinco días siguientes a aquél en que se les ha dado traslado del recurso inicial (art. 846.bis.d) I LECrim.). Aunque nada dice el legislador, se entiende que el recurso de apelación adhesivo debe interponerse en la misma forma que el recurso de apelación inicial, esto es, mediante escrito firmado por Abogado, en el que la parte recurrente expone los motivos en los que lo fundamenta, que habrán de ser de los expresamente previstos en el art. 846.bis.c) LECrim..

De los escritos de impugnación del recurso inicial y de interposición de recurso de apelación adhesivo, se dará traslado por el Letrado de la Administración de Justicia, a las demás partes, a las que emplazará para que en el término de diez días comparezcan ante el órgano *ad quem* (art. 846.bis.d) LECrim.).

A diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación común regulado en los artículos 790 y siguientes de la LECrim., no se prevé trámite de impugnación por las partes del recurso de apelación adhesivo, de manera que en puridad el recurrente inicial y las demás partes no recurrentes, o incluso recurrentes adhesivos, no podrán formular a su vez impugnación del recurso adhesivo interpuesto por las demás partes, vulnerándose el derecho de contradicción. Lo mismo ocurría con el recurso de apelación previsto para el procedimiento abreviado, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2011, pues es a partir de dicha reforma cuando expresamente se prevé el traslado del

escrito interponiendo recurso de apelación adhesivo a las demás partes para que en el plazo de dos días lo puedan impugnar⁴²².

Esta falta de previsión, llevó a que el TC elaborara un cuerpo de doctrina sobre el principio de contradicción, acogido por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, en el sentido de admitir solamente la adhesión coadyuvante, accesoria o *strictu sensu*, toda vez que al no reconocerse a los recurridos adhesivos la posibilidad de formular alegaciones o impugnar la apelación adhesiva, se les ocasionaba la indefensión que conculca el artículo 24.1 de la Constitución⁴²³.

⁴²² Véase nota 402.

⁴²³ Por su interés reproducimos el Fundamento Jurídico Cuarto de la SAP de Cádiz de 10 de junio de 2.015: *“Ya que si la apelación adherida pudiera versar sobre cuestiones distintas de la principal primeramente formulada, el legislador hubiera dispuesto que de tal adhesión se diera traslado al recurrente principal para que pudiera a su vez impugnarla, por exigencia del derecho fundamental a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española). Esta posibilidad, ha sido retiradamente expuesta por el Tribunal Constitucional que con la finalidad de evitar indefensiones, ha habilitado plazo análogo para contestar a la impugnación adhesiva. Más ello no significa, como se dice en la sentencia núm. 223/01 de 5 de noviembre de 2.001, un pronunciamiento expreso sobre un hipotético estatuto constitucional de la apelación adhesiva insiste el Tribunal Constitucional que en el ámbito penal la configuración y alcance de la apelación adhesiva es una cuestión de legalidad ordinaria correspondiendo por tanto a los jueces y Tribunales de modo exclusivo, sentencias del Tribunal Constitucional núm. 162/1997, 79/2000, y 223/2001.*

La aplicación del principio de contradicción en el proceso penal hace posible, como señala la STC 53/1987, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la otra parte y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, principio de contradicción que, como la misma sentencia recuerda, ha de garantizarse no sólo en el juicio de 1 instancia sino también en la fase del recurso de apelación. Pues bien, ha de señalarse que en los casos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial "ad quem" amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversas y aun opuestas a la apelación principal), contenidas en la impugnación adhesiva, de manera tal que el apelante 6 principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (SSTC 53/1987, 91/1987 y 242/1988)... La doctrina se ha reiterado con posterioridad hasta las Sentencias 46/2005, de 28 de febrero, 158/2006, de 22 de mayo y 234/2006, de 17 de julio, todas de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Nótese que las sentencias transcritas deberían incluirse no entre las estrictamente interpretativas, sino entre las manipulativas, y, dentro de ellas, de las aditivas o acumulativas, porque el Tribunal Constitucional completa la norma con una parte omitida de los que constitucionalmente debería ser su contenido. Ante un texto legal en el que no se incluye un trámite que el Tribunal Constitucional considera esencial (y para el cual no se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Criminal trámite específico alguno), en lugar de interpretar que ello inclinaría a concluir que se ha seguido el criterio de la adhesión estricta o limitada (sólo en apoyo de los planteamientos del recurrente tempestivo), va más allá de su estricta función de legislador negativo y, para hacer posible la concepción amplia de la adhesión al recurso ajeno, añade por su cuenta (como no es infrecuente, y demuestra claramente la relectura innovativa del artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) un requisito (el traslado de la adhesión autónoma a la contraparte para darle la oportunidad de oponerse a ella) en modo alguno previsto legalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”

Éste déficit que afecta el derecho de contradicción, y que bien pudo haber sido corregido por el legislador con la reforma por la citada Ley 13/2011, o incluso en las posteriores, o la más reciente 41/2015, se puede salvar con la aplicación analógica del último párrafo del art. 790.1 LECrim.: “*Las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días*” a contar desde el traslado previsto en el último inciso del art. 846.bis.d) LECrim.

Sin embargo, igual que ocurre con el recurso de apelación previsto en los arts. 790 y ss. LECrim., el recurso de apelación adhesivo está supeditado, no en cuanto al contenido, pero sí en cuanto a su conocimiento y decisión por el órgano *ad quem* a que el recurrente inicial mantenga su recurso, o no se inadmita. Efectivamente, del mismo modo que para el procedimiento abreviado y demás recursos de apelación que se siguen por sus trámites, el art. 790.1.II LECrim. establece en su último inciso que el recurso de apelación adhesivo “*quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo*”, el artículo 846.bis.d) LECrim. dispone que las partes recurridas inicialmente pueden formular “*recurso supeditado de apelación*”.

Apelación supeditada con autonómica propia y autónoma del recurso principal, sin perder de vista las especialidades propias del Tribunal de Jurado, de manera que «la parte apelada podrá formular un escrito de impugnación al recurso, para oponerse al mismo mediante las alegaciones que estime oportunas a fin de contrarrestarlo y pedir la confirmación de la sentencia impugnada»⁴²⁴. Si la apelación supeditada no tuviese autonomía, carecería de sentido la previsión legal de admitir la réplica del recurrente principal en el acto de la vista (art. 846 bis e) LECrim.).

Al ser supeditado, adquiere coherencia el requisito de que el apelante principal mantenga su recurso, de manera que si el recurrente inicial no se persona ante el TSJ o renuncia a su recurso (art. 846.bis.d) III LECrim.), el recurso adhesivo se archiva junto con el principal, devolviéndose los autos al órgano *a quo* y procediéndose a la ejecución de la sentencia (art. 846bis.d).III LECrim.). Se trata por tanto el recurso de apelación

⁴²⁴ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A.: *La apelación de la sentencia ...*, op. cit., pág. 223

adhesivo de un recurso que si bien no está subordinado al principal en cuanto a su objeto, sí lo está en lo procesal, de manera que no se continuará con su tramitación si el apelante principal no mantiene el suyo. Por ello se podría decir «que estamos ante un recurso supeditado en su *existencia* pero no en su contenido»⁴²⁵.

Concluido el plazo de cinco días previsto en el art. 846.bis.d) I LECrim., el Letrado de la Administración de Justicia emplazará a las partes, por plazo de diez días, ante el órgano *ad quem* para que se personen (art. 846.bis.d).II LECrim.). Si el apelante principal no se persona, o manifiesta su renuncia, el recurso de apelación adhesivo supeditado quedará sin efecto, y el Letrado devolverá los autos al órgano *a quo* para que declare firme la sentencia y proceda a su ejecución (art. 846.bis.d).III LECrim.).

Aunque el legislador guarda silencio, una vez emplazadas las partes para ante el órgano *ad quem* deberá remitirle la totalidad de las actuaciones. En efecto, a la vista del doble efecto suspensivo y devolutivo del recurso de apelación, habrá que remitir la totalidad de las actuaciones originales del juicio oral (pieza principal), incluidas en ellas los testimonios de las realizadas durante la instrucción, aunque no será necesario remitir las piezas de situación personal y de responsabilidad civil, salvo que el recurso se refiera a alguna de ellas. Como quiera que nada se dice respecto del plazo para remitir las actuaciones habrá que atenderse a las normas generales, y en concreto al art. 198 LECrim. en cuanto dispone que a falta de término se entenderá que las diligencias judiciales han de practicarse sin dilación, por lo que deberá entenderse su remisión al día siguiente de la última diligencia de notificación a las partes en el emplazamiento.

2.- Decisión del recurso.-

El art. 846.bis.e) I LECrim. establece que *“personado el apelante, se señalará día para la vista del recurso citando a las partes personadas y, en todo caso, al condenado y tercero responsable civil”*. Permitiéndose la apelación adhesiva, debe entenderse que

⁴²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.; GIMENO SENDRA, V.: *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, op. cit., pág. 377.

por apelante se refiere no sólo al apelante inicial, sino también a los adhesivos. Ahora bien, y como hemos dicho, configurándose la adhesión como supeditada, sólo si el apelante inicial se persona en plazo ante el órgano *ad quem* se continuará con la tramitación del recurso (art. 846.bis.d).III LECrim.).

Debe entenderse, una vez más, porque el legislador también guarda silencio, que la falta de personación del recurrente adhesivo ante el órgano *ad quem* impide la decisión de su recurso, pues se dispone que la citación para la celebración de vista se hará a las partes personadas, y en todo caso, y por tanto aunque no haya satisfecho la carga procesal en que consiste el emplazamiento, al condenado y al tercero responsable civil (art. 846.bis.e).I LECrim.). Debe entenderse así porque efectivamente el precepto citado comienza con la expresión “*personado el apelante*”, y tan apelante es el recurrente inicial como el adhesivo.

La vista es preceptiva, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, de manera que el legislador sigue la línea de implantar el principio de oralidad en el proceso penal, dejando de lado el trámite escrito característico de la apelación en el procedimiento abreviado, en el que sólo hay vista cuando el órgano *ad quem* lo estime necesario para la correcta formación de una convicción fundada o cuando haya de practicarse prueba (art.791.1 LECrim.). En la vista, que será en audiencia pública, comenzará con el uso de la palabra el apelante, y después las demás partes personadas (art. 846.bis.e).II LECrim.). Si fueron varios los apelantes iniciales, y entre ellos se encontrara el Ministerio Fiscal, será éste el que comience y a continuación los demás apelantes principales; a continuación los apelantes adhesivos, y por último los apelados, primero los apelados iniciales y después los adhesivos que podrán replicar al apelante adhesivo (art. 846.bis.e).III LECrim.).

Celebrada la vista, en el plazo de los cinco días siguientes “*deberá dictarse la sentencia*” (art. 846.bis.f).I LECrim.), dictando la resolución que corresponda (art. 846.bis.f).II LECrim.), salvo que se estimase el recurso por alguno de los motivos previstos en el art. 846.bis.c).apartados a) y/o d) LECrim., esto es: la infracción de normas o garantías procesales causantes de indefensión (ap. a), y/o que se hubiere acordado la

disolución del jurado sin que ello procediera (ap. d). En estos casos, el órgano *ad quem* se limitará a anular la sentencia y devolver la causa al órgano *a quo* para que se celebre un nuevo juicio (art. 846.bis.f).I LECrim.), obviamente con un nuevo Jurado, ya que en ningún caso será posible volver a reunir a los mismos jurados para que emitan un nuevo veredicto.

Si la sentencia estimara el recurso, inicial o adhesivo, por algún motivo distinto de los indicados, esto es, por infracción de ley, o por motivos distintos a los ya señalados de las letras a) y d) del art. 846 bis c), al señalar que “*dictará la resolución que corresponda*”, ésta deberá contener la revocación de la sentencia de condena y su sustitución por otra total o parcialmente absolutoria cuando se hayan acogido alguno de los motivos de las letras c) y e), en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Además, con relación a los pronunciamientos sobre la pena, medida de seguridad o el relativo a la responsabilidad civil en la sentencia impugnada (art. 846.bis.c).b) LECrim.), los pronunciamientos de la sentencia de apelación deberán tener como único límite el respeto al principio acusatorio.

Se plantea la duda con respecto a si es posible que el tribunal de apelación, en estimación del motivo por infracción de ley, cambie la calificación de los hechos sobre los que se sustenta el veredicto de culpabilidad. De una lectura conjunta de los artículos 733 y 902 de la LECrim., con los artículos 70.1 y 52.1.g) de la LOTJ, entendemos que al tribunal de apelación le está permitido introducir una calificación jurídica distinta siempre que se respete el principio acusatorio, y por tanto, siempre que guarde relación de homogeneidad con el hecho delictivo sobre el que se pronunciado el Jurado, no sea más grave que el apreciado por el Jurado, no incluya elementos del tipo que no hayan sido objeto de pronunciamiento, y se encuentre amparado por lo solicitado por la parte recurrente en su recurso.

D.- Los motivos del recurso de apelación, inicial o adhesivo.-

El artículo 846.bis.c) LECrim. es taxativo en su redacción, al establecer que “*el recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes*”, sin que por tanto sea posible la alegación de motivos distintos a los previstos, o que no tengan encaje en alguno de los expresamente previstos. Al menos así pudiera parecer en una primera lectura, pues lo cierto es que esa taxatividad se mitiga cuando el legislador utiliza la expresión “*sin perjuicio de otros*”. No obstante, llama la atención, como señala TOMÉ GARCÍA⁴²⁶, que entre los motivos tasados no se encuentre el error en la apreciación de la prueba, que sí se contempla en el art 790.2 LECrim. para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado. Los motivos expresamente previstos en el artículo 846.bis.c), son cinco:

1º.- Quebrantamiento de las normas y garantías procesales en el procedimiento o en la sentencia.- Es el primero de los supuestos a los que se refiere el art. 846.bis.c) LECrim., en cuyo primer párrafo sólo se hace mención a que el quebrantamiento se haya producido en el procedimiento o en la sentencia, pero no se cita, y por tanto parece excluirlo, el veredicto. Sin embargo a continuación en el párrafo segundo lo incluye. No obstante, el precepto hace una amplia enumeración, de forma que podrán ser alegados, “*sin perjuicio de otros*”, los vicios procesales señalados en los arts. 850 y 851 de la LECrim. y, además, los defectos en el veredicto, por parcialidad en las instrucciones, defecto en la proposición del objeto del veredicto, o motivos que hubieran dado lugar a su devolución.

La referencia a los citados artículos, en los que se enumeran los motivos de casación por quebrantamiento de forma, y la enumeración de los mencionados supuestos de defecto en el veredicto tiene naturaleza meramente enunciativa, de manera que cualquier vicio de forma podrá ser alegado y en consecuencia objeto de la apelación, con un alcance muy similar al previsto en el art. 790.2 LECrim. cuando hace mención de la facultad del recurrente para hacer alegaciones frente a la sentencia sobre

⁴²⁶ TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Recurso de apelación contra sentencias ...*, op. cit., pág. 125

“quebrantamiento de las normas y garantías procesales”. La cuestión será, como ocurre en la apelación ordinaria, en definir cuáles de los defectos de forma son invalidantes y cuáles no alcanzan tal efecto, para lo cual habrá de acudirse a los arts. 238, 239 y 240.1 LOPJ, y su interpretación jurisprudencial y doctrinal.

Para fundar el recurso de apelación en este motivo, se exige que la infracción haya causado efectiva indefensión, y que se haya reclamado la subsanación o formulado protesta, salvo en el caso de que la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado (art. 846.bis.c).a).I.in fine LECrim.), excepción que no se contiene en la regulación del recurso de apelación en el procedimiento abreviado, y hoy aplicable al resto de los procedimientos de la LECrim.. No obstante, en el último párrafo del art.846.bis.c) LECrim. se sigue insistiendo en la necesidad de la previa protesta⁴²⁷ como requisito de admisión del recurso. Al respecto, el TS considera la regulación de los requisitos citados como ciertamente contradictoria, declarando que *“por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y por otro lado, la prohibición de “indefensión” constituye, como es sabido uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE. Por lo tanto, si la infracción procesal genera “indefensión” al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma. Y por último, en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, si debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia”*⁴²⁸.

⁴²⁷ “la protesta es la manifestación de voluntad que la parte afectada por una resolución judicial -contraria a su interés y no susceptible de inmediata modificación- emite al advertir que, aunque no puede lograr entonces su reforma, le cabe denunciar el vicio en que ha incurrido y anunciar el propósito de combatirla en el futuro” (SSTSJ País Vasco, Sala de lo Penal, 5/2015, de 17 de diciembre; 2/97, de 26 de junio, 3/1997, de 23 de octubre, ambas confirmadas por el Tribunal Supremo en Sentencias de 11 de marzo y 14 de octubre de 1998, y, Sentencia de 25 de enero de 1999).

⁴²⁸ STS núm. 24/2016, de 28 de enero; núm. 323/2013 de 23 Abr. 2013, que cita las Sentencias 264/2005 de 1 de marzo, y 1145/2006 de 23 de noviembre.

Ciertamente la jurisprudencia no resuelve cómo actuar ante tal evidente contradicción. En nuestra opinión debe resolverse en el sentido de que si la infracción de las normas o garantías procesales, causa efectiva indefensión, no es necesaria la protesta porque así lo prevé expresamente el inciso último del párrafo primero del apartado a) del art. 846.bis.c) LECrim.; si la infracción de las normas o garantías procesales se produce en un momento anterior al dictado de la sentencia, y no ha causado efectiva indefensión, es necesaria la correspondiente protesta porque así lo exige el último párrafo del art. 846.bis.c) LECrim.; y si la infracción se produce en la sentencia, no es posible formular la protesta o interesar la subsanación más que mediante el correspondiente recurso de apelación frente a la sentencia, ya sea inicial o adhesivo.

En cuanto a las referencias a los artículos 850 y 851 LECrim., señalemos que el primer motivo específico, por remisión al art. 851.5 LECrim.⁴²⁹, es el de haberse dictado el veredicto por menor número de jurados que el señalado en la ley o sin la concurrencia de los votos conformes exigibles, y es redundante, toda vez que al tratarse de una causa específica de devolución del veredicto (art. 63.1.c) LOTJ), ya se prevé como motivo de recurso en el último inciso del párrafo segundo del art. 846.bis.c).a) LECrim.: *“la existencia de defectos en el veredicto ... por concurrir motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución al Jurado”*.

La segunda remisión específica lo es al art. 851.6 LECrim., y se refiere al concurso de algún jurado en el que se dé causa legal de recusación, en los mismos términos y circunstancias, que tendría este motivo referido a los magistrados. Las causas legales de recusación de jurados se establecen los arts. 21 y 38.3 LOTJ, y son las de incapacidad, incompatibilidad y prohibición enumeradas en los arts. 9, 10 y 11 de la LOTJ, respectivamente. Cualquier otro defecto sustancial en el modo de designación de los miembros del jurado afectará al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley y podrá ser alegado como quebrantamiento de forma.

⁴²⁹ A tenor de lo establecido en el art. 846.bis.c).a).II LECrim., las referencias que en el art. 851.5 LECrim. se hace a los “Magistrados” debe entenderse hechas a los “jurados”.

En fin, dentro de los motivos alegables al amparo del quebrantamiento de las normas y garantías procesales, se incluyen en el art. 846.bis.c).a).II *in fine* LECrim., tres motivos que describe el legislador como defectos en el veredicto, aunque ninguno de ellos es propiamente tal, sino que más bien se refieren todos ellos a la actuación del Magistrado-Presidente. Así:

a).- La parcialidad en las instrucciones, no es un defecto propio del veredicto, pues lógica y sistemáticamente dicha parcialidad se sitúa en un momento procesal anterior a la deliberación, votación y expresión del veredicto. Así el art. 54 LOTJ regula el contenido de dichas instrucciones, y será necesario para poder fundar el recurso de apelación en este motivo de infracción que la parcialidad se haya traducido en un veredicto perjudicial para la parte recurrente.

El art. 54 LOPTJ, estructura en tres bloques diferenciados las instrucciones⁴³⁰ que el Magistrado-Presidente debe impartir a los jurados: el primero lo integran unas instrucciones genéricas sobre la función que tienen conferida los jurados, las reglas que rigen su deliberación y votación, y la forma en que deben reflejar el veredicto (art. 54.1 LOTJ); el segundo se refiere a la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, con determinación de las circunstancias constitutivas del delito “imputado” a los acusados, y las que se refieran a posibles causas de exención de la responsabilidad o circunstancias modificativas de la responsabilidad (art. 51.2 LOTJ); y el tercero de los bloques se refiere a las instrucciones al Jurado sobre el significado y alcance de la presunción de inocencia, del principio *in dubio pro reo*⁴³¹, y al principio de libre valoración de la prueba, que lleva consigo la necesidad de tener en cuenta todas las pruebas practicadas y de someter a crítica todas y cada una de ellas sin que existan pruebas privilegiadas o que hayan de tenerse por indiscutibles.

⁴³⁰ En este punto, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. ;AGUILERA MORALES, M.: *Comentarios a la ley del jurado*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid 1999. p. 555, indican que las instrucciones contenidas en el art 54 LOTJ no deberían entenderse como un elenco cerrado, ya que ha de obtenerse un veredicto “fundado más en derecho que en equidad”, añadiendo que “...dicho precepto permite acoger cualesquiera otras informaciones siempre y cuando versen sobre la función de los jurados, el alcance jurídico de los hechos relatados en el escrito delimitador del objeto del veredicto y las pautas que deben seguirse en la valoración de la actividad probatoria”.

⁴³¹ Cuya plasmación legal la encontramos en el art. 54.3 LOTJ.

Si al formular las instrucciones, el Magistrado-Presidente introduce elementos de valoración de alguna de las pruebas practicadas, o se aparta del contenido de las instrucciones, parece obvio que puede afectar el resultado del veredicto y, con ello, incurriendo en el motivo de apelación que se menciona.

b).- El defecto en la proposición del objeto del veredicto, tampoco se refiere específicamente a éste, sino que también se sitúa lógica y temporalmente en un momento anterior. Como en el caso anterior, el eventual defecto en la proposición tendrá que haberse traducido en un defecto en el veredicto perjudicial para quien lo alega.

Conforme al art. 53.1 LOTJ, el Magistrado-Presidente dará audiencia a las partes previamente a la incorporación al acta del escrito y su entrega a los jurados, de manera que la parte a quien le perjudique “*podrá solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes*”, resolviendo el Magistrado-Presidente “*de plano*”, contra la que no cabe recurso, pero las partes cuyas peticiones fueran rechazadas podrán formular protesta, a los efectos del recurso al que haya lugar contra la sentencia (art. 53.2 LOTJ). Al preverse expresamente por la ley un procedimiento de reclamación, la utilización de éste ha de considerarse, pues, vinculante para cualquier recurso posterior relativo a defectos en la proposición del objeto del veredicto.

c).- La concurrencia de motivos que hubieran dado lugar a la devolución del veredicto al jurado, si ésta devolución no hubiera sido ordenada. Tampoco afecta al veredicto, como ocurre en los casos anteriores, sino que lo que sería objeto de impugnación sería precisamente la decisión del Magistrado-Presidente de no devolución del veredicto.

2º.- Infracción de precepto constitucional o legal.- Similar al motivo de apelación común previsto en el art. 790.2 LECrim., por esta vía se trata de la denuncia de la infracción de normas de carácter material o sustantivo, como los errores en la calificación jurídica de los hechos que hayan sido declarados probados, o en la determinación de la

pena o de la responsabilidad civil; motivo similar al habitual de infracción de ley, esto es la denuncia de la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, que se prevé para el recurso de casación en el art. 849.1º LECrim.

La infracción de precepto constitucional tendrá el alcance del motivo de casación al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, aunque limitado, a la calificación jurídica y determinación de la pena o medida aplicable. Otras posibles vulneraciones constitucionales tendrán cabida, en su caso, por la vía del quebrantamiento de forma (art. 846.bis.c)a) LECrim.), o de la vulneración de la presunción de inocencia (arts. 846.bis.c).d) y e) LECrim.), según se encuadren en una u otra especie⁴³².

Respecto de la infracción de precepto legal, ha de entenderse, en todo caso, ley formal, ya que en materia penal no existen disposiciones reglamentarias. Además, resulta claro que el motivo de apelación podrá basarse también en la infracción de otra norma que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, ya que se dan con frecuencia tipos penales que deben ser integrados en otras normas sustantivas no penales, ya sean civiles, mercantiles o administrativas.

No obstante, se plantea que el motivo pueda también fundarse en la infracción de normas procesales, de manera que si bien estos motivos con carácter general deben alegarse como de quebrantamiento de forma, pueden darse casos en que las normas procesales sirvan para determinar el contenido de la sentencia, ya sea este absolutorio o condenatorio. Por ejemplo, cuando en el juicio oral se discutiera la concurrencia de cosa juzgada, desestimándose indebidamente en sentencia, provocaría una infracción de norma procesal que debería tenerse en cuenta en la aplicación de la ley penal.

⁴³² En este sentido señala TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Recurso de apelación contra sentencias ...*, op. cit., pág. 130, que puede invocarse el motivo previsto en el art. 846.bis.c).b) LECrim. para denunciar la existencia de un error en la apreciación de la prueba en los términos previstos en el art. 849.2 LECrim. para el recurso de casación, con cita de la STS 92/2010, de 1 de febrero, y que podrá ser invocado tanto por la parte acusada como por las acusadoras, a diferencia del motivo del art. 846.bis.c).e) LECrim (vulneración del derecho a la presunción de inocencia) que sólo podrá ser invocado, obviamente, por el acusado; así como para pedir la revisión de los denominados juicios de inferencia en los mismos términos en que son revisables en casación (STS núm. 867/2004, de 2 de julio).

3º.- Por desestimación indebida de la solicitud de disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo.- El artículo 846.bis.c).c) LECrim., contempla como motivo del recurso de apelación la indebida desestimación de la petición, formulada en su momento, de disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo.

Recordemos que en el último párrafo del art. 846.bis.c) LECrim. se establece el requisito de la protesta previa como requisito de admisibilidad. Aún así debe tratarse como un motivo de fondo y no de forma, ya que para el supuesto de que se obtenga una sentencia estimatoria, conforme al art. 846.bis. f) LECrim., no se devolverá la causa al órgano *a quo* para la celebración de nuevo juicio, sino que el órgano *ad quem* dictará la resolución que proceda. Como apunta TOMÉ GARCÍA⁴³³, cuando el condenado considera que debió ser disuelto el jurado por inexistencia de prueba de cargo, normalmente recurrirá la sentencia en apelación también por el motivo previsto en el art. 846.bis.c).e) LECrim. de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, de manera que la sentencia de apelación normalmente será en sentido absolutorio. Por ello, no tiene sentido el requisito de la protesta previa frente a la denegación de disolución

4º.- Por improcedente disolución del jurado.- El motivo se contempla en el art. 846.bis.c).d) LECrim., y debe recordarse que son cinco los supuestos que contempla la LOTJ de disolución del jurado: disolución por suspensión del juicio (art. 47 LOTJ), supuesto en el que en la práctica resulta difícil recurrir, pues si la suspensión del juicio ha de prolongarse durante cinco o más días, el Magistrado-Presidente está obligado a disolver el jurado, y si es por menos tiempo la suspensión es una facultad del Magistrado; disolución anticipada por inexistencia de prueba de cargo sobre la que se pueda fundar la condena del acusado (art. 49 LOTJ), supuesto inverso al motivo previsto en el art. 846.bis.c).c) LECrim., esto es, tras la práctica de las pruebas y los informes de las acusaciones el Magistrado, de oficio o a instancia de parte, decide la disolución del jurado al considerar que del juicio no resulta prueba de cargo que pueda fundar la condena del acusado, motivo de recurso que en su caso invocarán las acusaciones; disolución por

⁴³³ *Ibidem* pág. 135

conformidad de las partes (art. 50 LOTJ), motivo que como señala TOMÉ GARCÍA, será infrecuente en su invocación, salvo que no se cumplan los requisitos previstos en el art. 50 LOTJ⁴³⁴; disolución por desistimiento en la petición de condena (art. 51 LOTJ), en cuyo caso se hace difícil pensar que en alguna parte concurra el gravamen que es presupuesto de todo recurso; y disolución por imposibilidad de llegar a un veredicto válido (art. 65 LOTJ), único de los casos que se producen con posterioridad a que el Magistrado someta a los jurados por escrito el objeto del veredicto.

5º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.- Último de los motivos contemplados en el art. 846.bis.c) LECrim en los que fundar el recurso de apelación, y que supone una reiteración o especie del contemplado en la letra a), consistente en la infracción de precepto constitucional, aunque tratado como motivo diferenciado, de manera que puede alegarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia si atendida la prueba practicada en el juicio la condena impuesta carece de toda base razonable.

No obstante, es el único motivo que en puridad permite al órgano de apelación revisar la actividad probatoria a fin de comprobar si ha existido prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo máxima la dificultad de libre valoración de la prueba por el tribunal de apelación ya que este podrá controlar si con los medios de prueba, practicados legalmente, existió base suficiente para llegar a la conclusión de condena, pero no podrá controlar la valoración que de esos medios de prueba haya hecho el Jurado, por lo que su actividad quedará reducida a verificar la existencia de actividad probatoria legal y de cargo frente al acusado en el juicio oral.

⁴³⁴ *Ibidem* pág. 136

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dentro del género «medios de impugnación» hay que distinguir la especie más importante: los «recursos». Todos ellos son instrumentos procesales puestos a disposición de las partes para que éstas puedan obtener, previo el cumplimiento de determinados presupuestos y requisitos, la modificación, o incluso anulación, de las resoluciones judiciales dictadas por los hombres y por tanto sometidas a la falibilidad humana.

Los medios de impugnación, como género, abarcan cauces procesales que sirven a los fines indicados, pero que no pueden calificarse de recursos, como el incidente de oposición al embargo preventivo, o a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, o los medios de rescisión de sentencias firmes como lo era el mal denominado «recurso» de audiencia al rebelde. Los «recursos», como especie, tienen un fundamento distinto, pues aquéllos son medios de rescindir un efecto jurídico ya producido, y los «recursos» – en sentido estricto- son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca.

SEGUNDA.- «Tercero procesal» es «quien no es parte», y aun no siendo parte es posible que el tercero ostente un interés directo o indirecto en la relación jurídica ventilada en el proceso, a quien puede afectar la resolución judicial aunque no haya intervenido en la primera instancia. Por eso hemos considerado que debía ofrecerse un concepto de «recurso», que además de amparar a las partes del proceso en la primera instancia, también cobijara a los terceros que, con carácter excepcional y cumpliendo algunas exigencias, están legitimados para recurrir una resolución que les causa perjuicio.

Por ello defendemos y justificamos la definición de «recurso» como aquél *remedio que el legislador pone a disposición de un interesado, que ostentando la condición de parte en el momento de su ejercicio, y dando cumplimiento a los presupuestos y requisitos legalmente previstos, pide al órgano judicial competente que examine y se pronuncie de nuevo sobre una cuestión fáctica o jurídica -bien sea jurídico-procesal, bien jurídico-sustantiva-, que ha sido objeto de una resolución judicial cuya*

parte dispositiva le resulta perjudicial, con el fin de que sea anulada o sustituida por otra que le resulte más favorable.

TERCERA.- El proceso no termina mediante el dictado de la resolución definitiva que pone fin a la primera instancia, sino cuando la ley no prevé un recurso contra la concreta resolución que le pone fin, o cuando estando previsto aquél, transcurre el plazo previsto para interponerlo impidiendo los efectos de la cosa juzgada (art. 207 LEC). La legitimación corresponde a todos aquellos sujetos a quienes afecten desfavorablemente o causen gravamen -bien de forma directa, bien de forma indirecta o refleja- los efectos de la cosa juzgada, hayan sido o no parte en la primera instancia, estando por tanto legitimados para formular recurso de apelación no sólo los sujetos procesales que fueron parte en la primera instancia, sino también los terceros.

CUARTA.- El objeto de la segunda instancia que se abre mediante el recurso de apelación, se delimita sucesivamente hasta en dos momentos distintos, uno necesario y otro contingente: la interposición del recurso (art. 458 LEC y arts. 790.1 y 846.bis.b).I LECrim.), en el que el apelante inicial fundamenta su disconformidad con todos o alguno/s de los pronunciamientos por los que preparó el recurso; y un segundo momento, contingente, en tanto depende de la existencia de la previa apelación inicial, previsto en el art. 461.1 LEC y en los arts. 790.1.II y 846.bis.b).III LECrim.: la impugnación de la sentencia por el apelado.

QUINTA.- Proponemos la denominación apelación «reconvencional» para referirnos a la conducta del apelado consistente en *«impugnar la sentencia en lo que le resulta desfavorable»* -como la denomina el legislador en el art. 461 LEC-, esto es, para referirnos a la antiguamente denominada «apelación adhesiva» o «adhesión a la apelación», y a la que la doctrina se refiere de múltiples formas como «apelación tardía», «apelación posterior», «apelación secundaria», «apelación sobrevenida», «apelación sucesiva» o, incluso, «recurso de impugnación».

Entendemos que aunque en la segunda instancia no se introducen nuevas acciones, “la reconvención es a la primera instancia, lo que la apelación «reconvencional» es a la segunda instancia”, y por ello, no hay inconveniente en la utilización del término «reconvención» en la segunda instancia dadas las similitudes existentes entre la conducta del demandado que ejercita una pretensión frente al demandante mediante la «reconvención» en la primera instancia, y la del apelado que a la vista del recurso de apelación inicial del apelante formula a su vez recurso de apelación pretendiendo la revocación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable, en la segunda instancia.

SEXTA.- La apelación «reconvencional» que, en la jurisdicción civil, el apelado inicial formula impugnando la sentencia en lo que le resulta desfavorable en el trámite del art. 461.1 LEC, necesita de la previa existencia de una apelación inicial, y sólo hasta ese momento, de manera que el desistimiento de su recurso por el apelante inicial una vez formulada apelación «reconvencional» no afecta a ésta, por tratarse de apelaciones independientes y autónomas. De manera que la declaración de desierto del recurso de apelación inicial por falta de personación ante el tribunal competente para resolver el recurso de apelación, no impide continuar con la tramitación de la apelación «reconvencional» cuando el apelante «reconvencional» si se ha personado.

SÉPTIMA.- La apelación «reconvencional», a diferencia de la apelación inicial, no abre la segunda instancia, sino que se incorpora a ella, y no produce el efecto devolutivo que es propio del recurso de apelación inicial. Son sus principales efectos la ampliación del *thema decidendi* y la privación de los efectos de la cosa juzgada formal a los pronunciamientos que se combaten en el escrito de impugnación de la sentencia.

OCTAVA.- Aun cuando siempre se ha predicado como uno de los efectos de la apelación «reconvencional», la prohibición de la *reformatio in peius* no se enerva en ningún momento, tampoco en el caso de que se interponga recurso de apelación «reconvencional», pues en ningún caso el órgano de apelación puede dictar una resolución que suponga una agravación de la situación del recurrente como consecuencia de la estimación de su propio recurso.

NOVENA.- Están legitimados para formular apelación «reconvencional» los mismos sujetos que lo están para formular apelación inicial. Además el apelante inicial con respecto de un concreto sujeto procesal con ocasión de un determinado pronunciamiento, puede usar del trámite de impugnación del art. 461.1 LEC mediante la apelación «reconvencional» frente a otro sujeto procesal y con respecto a pronunciamientos distintos de los contenidos en el escrito de interposición del recurso inicial ex art. 458 LEC.

DÉCIMA.- La LEC no permite la «reconvención» a la apelación «reconvencional», pues el traslado que el art. 464.4 LEC prevé lo es a quien tiene la condición de apelante inicial con respecto del apelante «reconvencional», y sólo a los efectos de oposición a la apelación «reconvencional».

UNDÉCIMA.- En la primera instancia, la parte contraria de la activa es la pasiva, ya sea inicial o reconvencional. En la segunda instancia la parte activa es el recurrente inicial o «reconvencional», siendo su contraria, la parte pasiva, el recurrido inicial o «reconvencional», esto es el afectado por la hipotética estimación del recurso.

DÉCIMA SEGUNDA.- La apelación «reconvencional» no necesariamente debe dirigirse frente a quien adquiere la condición de apelante inicial, ni frente a quien en la primera instancia ha ocupado el lugar procesal contrario al recurrente. Es posible formular apelación «reconvencional» por un codemandado frente a otro codemandado apelante inicial que impugna un pronunciamiento, cuya estimación suponga un gravamen para el codemandado apelante «reconvencional».

DÉCIMA TERCERA.- El principio de inmediación del órgano de apelación se satisface plenamente con el visionado de la grabación de las sesiones del juicio oral celebrado en primera instancia, de la misma manera que el principio de inmediación queda satisfecho cuando el juzgador de primera instancia reproduce la grabación de la prueba preconstituida.

DÉCIMA CUARTA.- Propugnamos un sistema de apelación limitada más cercano a la plena que el establecido por el legislador de 2.015, si bien aplaudiendo la generalización de la segunda instancia, en el que no se establezcan condicionamientos diferenciados a las partes del proceso en función de su posición procesal y en el que se permita que el tribunal *ad quem* sea un auténtico tribunal de apelación, que pueda llevar a cabo un *novum iudicium* con las limitaciones propias del respeto a la función jurisdiccional de los juzgadores de primera instancia, con facultad revisora tanto fáctica como jurídica, respetuoso con los principios de contradicción e inmediatez, quedando satisfecho éste último por la inmediatez indirecta con respecto de las pruebas de carácter personal practicadas en la instancia, que se satisface con la reproducción de la grabación del juicio.

DÉCIMA QUINTA.- La diferencia de facultades del tribunal *ad quem* para revisar la sentencia condenatoria, más amplias que para revisar la sentencia absolutoria, infringe en la segunda instancia el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española., y sólo se justifica por la resistencia del legislador a permitir la inmediatez en segunda instancia, aunque sea “indirecta”, mediante el visionado de la grabación del juicio oral celebrado en la primera instancia..

Siendo cierto que el art. 14.5 del PIDCP sólo menciona al condenado cuando reconoce el derecho a la segunda instancia, es una consecuencia del art. 14 CE que reconoce el derecho de igualdad, que todas las partes del proceso tengan las mismas posibilidades de someter las resoluciones que les causan perjuicio a un tribunal que a su vez disponga de las mismas facultades revisoras con independencia de cuál sea la parte recurrente.

DÉCIMA SEXTA.- Igual denominación de apelación «reconvencional» la proponemos para la jurisdicción penal, refiriéndonos a la misma conducta de quien no siendo apelante inicial, aprovecha el trámite de impugnación del recurso inicial para impugnar la sentencia ejercitando las pretensiones y los motivos que a su derecho convengan.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Defendemos que en la jurisdicción penal, y con la actual regulación, *la adhesión a la apelación es un recurso ordinario en sentido estricto que un perjudicado por la resolución frente a la que se dirige, utiliza en un momento posterior a la interposición del recurso inicial, al que se supedita, y que teniendo o adquiriendo la condición de parte procesal, solicita la modificación total o parcial de la resolución recurrida.*

DÉCIMA OCTAVA.- En la jurisdicción penal la institución de la adhesión al recurso de apelación se configura con el carácter de autónoma, aunque quede supeditada procesalmente al recurso inicial, en la que el recurrente «reconvencional» formula pretensiones autónomas e independientes a las deducidas en el recurso inicial. La supeditación es procesal, no material.

DÉCIMA NOVENA.- En la jurisdicción penal, comoquiera que el recurso de apelación «reconvencional» está supeditado procesalmente del recurso inicial, necesita de la existencia de éste hasta el momento en que por el órgano *ad quem* se dicta sentencia, de manera que la renuncia, el desistimiento, o la falta de comparecencia del apelante inicial al acto de la vista, impide al tribunal *ad quem* la decisión sobre la apelación «reconvencional».

En este sentido, propugnamos eliminar el carácter de supeditado del recurso de apelación «reconvencional», que carece de sentido en un sistema de adhesión autónomo en el que el apelante «reconvencional» ni coadyuva ni sustenta el contenido de la apelación inicial.

VIGÉSIMA.- Proponemos modificar la redacción del párrafo III del art. 790.2 LECrim, eliminando la distinción de la parte acusadora, de manera que: “*Cuando la parte recurrente alegue error en la valoración de la prueba será preciso que justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya*

nulidad haya sido improcedentemente declarada. Además será preciso que solicite la reproducción de la grabación del juicio oral ante el órgano a quien esté atribuido la decisión del recurso, con expresión de los pasajes de la grabación cuya reproducción interesan”.

De esta manera no se hace distinción entre parte acusadora y parte acusada, ni entre recurrente inicial y recurrente «reconvencional», estando facultados todos los legitimados para la interposición del recurso para alegar el error en la valoración de la prueba, y además el señalamiento de los pasajes de la grabación del juicio cuya reproducción solicitan en el acto de la vista facilitará la labor del tribunal de apelación, sin perjuicio de la obligación de este de proceder al visionado de la totalidad del juicio oral.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Proponemos la modificación del art. 791.1 LECrim. para posibilitar la contradicción efectiva ante el tribunal *ad quem*: “*Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o solicitud de reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará que el Letrado de la Administración de Justicia señale día para la vista que será preceptiva. En la vista se practicarán los medios de prueba que hubieren sido admitidos, y se procederá a la reproducción de la grabación en los pasajes que las partes propongan y los que el tribunal considere, sin perjuicio de la obligación del tribunal de proceder al visionado completo de la grabación con anterioridad a la celebración de la vista, de lo que levantará acta el Letrado de la Administración de Justicia”.*

De esta manera siempre que se haya recurrido la sentencia por error en la valoración de la prueba, el tribunal *ad quem* deberá visionar la grabación del juicio de primera instancia, y celebrar vista en la que como hemos indicado se reproducirán los pasajes que interesa a las partes para defender sus alegaciones, sin perjuicio, de la obligación del tribunal *ad quem* de proceder al visionado de la totalidad de la grabación, pues solamente así podrá, con inmediación, aunque indirecta, resolver sobre la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador *a quo*.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Proponemos la eliminación del apartado 2 del art. 792. LECrim., de manera que el tribunal de apelación tiene plenas facultades revisoras sobre lo actuado y está en la misma posición que el Juzgador de primera instancia con respecto a la prueba practicada, además de la prueba propuesta y admitida para su práctica en la segunda instancia.

VIGÉSIMA TERCERA.- Proponemos modificar el artículo 12 del Estatuto de la víctima, en el sentido de incluir entre las resoluciones recurribles por la víctima no personada en las actuaciones no sólo el auto de sobreseimiento, sino la sentencia que ponga fin a la primera instancia.

VIGÉSIMA CUARTA.- Proponemos introducir un apartado 6 en el art. 792 LECrim. referido a la sentencia de apelación, en el que se establezca la imposición de costas a la parte conforme al criterio seguido por la LEC en el art. 394 del vencimiento objetivo: “6.- *La sentencia contendrá en todo caso pronunciamiento en costas que serán impuestas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*”.

VIGÉSIMA QUINTA.- Proponemos dejar sin efecto la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, con el fin de restaurar el principio “*tempus regit actum*” de manera que generalice la segunda instancia frente a las resoluciones contempladas en el art. 846.ter LECrim. dictadas con posterioridad a la entrada en vigor (6 de diciembre de 2.015), con independencia de la fecha de incoación del procedimiento en el que se dicten.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO RICO, Juan (CONDE DE LA CAÑADA), *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias*, Oficina de Benito Cano, Madrid, T. I, Madrid, 1794. Disponible en Internet: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/instituciones-practicas-de-los-juicios-civiles-asi-ordinarios-como-extraordinarios-en-todos-sus-tramites-segun-que-se-empiezan-continuan-y-acaban-en-los-tribunales-reales>. Fecha de última consulta: 22 de febrero de 2.017

AGUILERA MORALES, María Encarnación: «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, núm. 2145, agosto 2.012.

AGUILERA MORALES, María Encarnación: «Recensión a la obra de CEDEÑO HERNÁN, La Orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega», en Ed. Civitas, Madrid, 2010, en BMJ, año LXV, núm. 2131, Mayo 2.011

AGUILERA MORALES, María Encarnación: *Proceso Penal Causa General, La inquisitio generalis en el Derecho español*. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (Pról.), Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

AGUILERA MORALES, María Encarnación: «Adhesión a la apelación en procedimiento abreviado. Imposibilidad del apelante principal para contradecir el escrito de impugnación-adhesión: indefensión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1997, de 3 de octubre», en *Tribunales de Justicia*, número 5, 1998.

AIKIN ARALUCE, Susana, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Ed. Reus, Madrid, 1982.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

ALMAGRO NOSETE, José: «La última reforma del proceso civil», en *Actualidad Civil*, núm. 21/22, Ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 2011.

ALMAGRO NOSETE, José; TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal, Proceso civil*, T I y II, Ed. Trivium, Madrid, 1994.

ALONSO MAZPULE, Mariano, *Los Códigos Españoles*, 6 T., Imprenta La Publicidad, Madrid, 1847.

ALONSO ROMERO, María Paz: *El proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982

ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: «La apelación civil plena y la apelación limitada en los Derechos Histórico y Comparado y en el vigente ordenamiento procesal español», en Revista *La Ley*, núm. 4, Ed. Wolters-Kluwer, 1984.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: «Caracterización de la apelación penal y valoración de la prueba en segunda instancia». En: FUENTES SORIANO, Olga (Coord.), *El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: «Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003. Disponible en internet: <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/nrevista.asp> .- Fecha de consulta: noviembre 2.016.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CONDE-POMPIDOU TOURÓN, Cándido; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús; PÉREZ MARIÑO, José Emilio; VARELA CASTRO, Luciano: *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

ARAGONESES ALONSO, Pedro; GISBERT POMATA, Marta: *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios.*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

ARIAS RAMOS, José; ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho Romano*, Ed. Edersa, 1988.

ARMENTA DEU, Teresa: «La reforma de los recursos en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; generalización de la segunda instancia; ampliación del recurso de casación e incorporación de las resoluciones condenatorias del ESDDHH ». En: FUENTES SORIANO, Olga (Coord.), *El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BANACLOCHE PALAO, Julio: «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente ley de agilización procesal», en *Diario La Ley*, núm. 7764, Ed. Wolters-Kluwer, diciembre de 2.011

BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús: *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2.015.

BANALOCHE PALAO, Julio (Coord.): *Guía práctica de la nueva oficina judicial*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2010.

BARRIO IGLESIAS, Jaime, "El recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Instrucción en el procedimiento de urgencia", en *Revista de Derecho Procesal (RDP)*, 1973

BASSOLS MUNTANA, Nuria: "Dos años de juicios rápidos", en *Revista La Ley*, núm. 3, Ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 1995

BELLIDO PENADÉS, Rafael: «Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.015», en *Diario La Ley*, núm. 8618, de 5 de octubre de 2.015.

BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2000.

BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, UTET, Torino, 1998

BOTE SAAVEDRA, Juan Francisco: «El proceso penal abreviado rápido: su aplicación conforme a la constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista La Ley*, núm. 3768, Ed. Wolters-Kluwer, abril 1995.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Los llamados Juicios rápidos: Problemática y consideraciones críticas», en *Actualidad Penal*, núm. 24, Ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 1995.

CABRERA MERCADO, Rafael: «Alcance de las modificaciones introducidas en el procedimiento abreviado por la Ley 10/1992: Los juicios rápidos», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, Vol. 7, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, Donosti, 1995.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de inmediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal: una aproximación a la reforma proyectada», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, ISSN 1696-6759, 2008.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «La generalización –“rectius”, desaparición- del doble grado de jurisdicción en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, ISSN 0213-1137, 2006.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La segunda instancia penal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «Sobre la exigencia de inmediación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su compatibilidad con los recursos ordinarios», en *Revista de Derecho*, núm. 1, 2002.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, ISSN 1138-2848, 2000.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La prueba en el recurso de apelación penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «Disposiciones generales sobre los recursos: una referencia crítica al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En: PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), *Presente y futuro del proceso civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «Tutela efectiva y ámbito del recurso de apelación penal», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, ISSN 0211-7754, 1997.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única (en relación al sistema de impugnación de la Ley Orgánica 7/1998)», en *Revista General de Derecho*, núm. 631, ISSN 0210-0401, 1997.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Ed. Comares, Valencia, 1996.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, ISSN 0213-1137, 1996.

CARMONA RUANO, Miguelcarnelutti: «Los medios de impugnación ante el Tribunal del Jurado», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CARNELUTTI, Francesco: *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2003.

CARNELUTTI, Francesco.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto; SENTÍS MELENDO, Santiago: *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T. III, Ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

CARRERAS DEL RINCÓN, Juan: *La solidaridad de las obligaciones desde la óptica procesal*, Ed. Bosch J.M., Barcelona, 1990.

CASERO LINARES, Luis: “La influencia de las instituciones y tribunales supranacionales en materia de recursos (I). El recurso de apelación tras la reforma por la Ley 41/2015, de 5 de octubre”, en GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles (coord.): *Los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea en el año 2016*”, Wolters Kluwer, ISBN digital 978-84-15651-52-9, Marzo 2017.

CASTRO GARCIA, Jaime: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la ley 3/1967, de 8 de abril en la práctica*, Ed. Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1970.

CEDENÑO HERNÁN, Marina: *La Orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*. VEGAS TORRES, J. (Dir.), Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2010.

CEDENÑO HERNÁN, Marina: *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Ed. Comares, Granada, 1997.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.): *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Dykinson, Madrid, 2015

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010 (Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada)». En: YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2010-

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal», en *Anuario da Facultade de Derito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997. Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/2183/1900>. Fecha de consulta noviembre 2.016

CLIMENT DURÁN, Carlos: «Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho*, núm. 550-551, Ed. Iustel, Madrid, 1990.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.: «De cuando la *times new roman* se pudo imponer sobre el derecho de defensa en la casación contencioso-administrativa», en *Diario la Ley*, núm. 8919, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, de 10 de febrero de 2.017.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: «El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

CORDÓN MORENO, Faustino; SÁNCHEZ PONS, María Victoria: *La Ley de medidas de agilización procesal y la Ley de mediación: Exposición de las reformas más recientes en la Justicia Civil* (Addenda a los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2ª Ed.) Aranzadi, Pamplona, 2012

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, José Vicente; MORENO CATENA, Víctor Manuel: *Derecho Procesal, Proceso Penal.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.: *El precedente en el derecho inglés*. Ed. Pons, Barcelona, 2012

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Blog Por Derecho, entrada del lunes 20 de abril de 2015. Disponible en el siguiente enlace <http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/>

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime: *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general*, 3ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime: *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; AGUILERA MORALES, María Encarnación: *La e-justicia en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2012, y en particular: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea”, pp. 69 y ss.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Ed. 2000 y 2004

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime: *Derecho procesal. Introducción*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; VEGAS TORRES, Jaime; ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo; BACHMAIER WINTER, Lorena; BANACLOCHE PALAO, Julio; CEDEÑO HERNÁN, Marina; CHOZAS ALONSO, José Manuel; / GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: *Comentarios a la Ley del Jurado*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1.999.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho Procesal Penal*, Ed. CEURA, Madrid, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; VEGAS TORRES, Jaime; ZARZALEJOS NIETO, Jesús; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara: *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley 39/1988 y la Ley Orgánica 1/1988. Demarcación y planta. Juzgados de lo Penal y proceso penal abreviado*. Ed. La Ley, Madrid, 1989

DELGADO SANCHO, Carlos David. *Los recursos en el proceso penal*, GOMYLEX, Bilbao, 2016.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «Límites a las facultades revisorias de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3º. Época núm. 9. 2013

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; AGUILERA MORALES, María Encarnación: *Comentarios a la Ley del jurado*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

ESCUSOL BARRA, Eladio: *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*, Ed. Colex, Madrid, 1996

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Teoría General del Derecho Procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma, México D.F., 1992.

FAIRÉN GUILLEN, Víctor: *Doctrina general del derecho procesal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco: *Derecho Procesal Práctico*, T.I, Ed. La Ley, Madrid, 1998.

FERNANDEZ DE LA HOZ, José María: *Código de Procedimientos Criminales*, Ed. Imprenta y Fundación de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843. Disponible en Internet: <http://bib.us.es/derechoytrabajo/pixelegis-penal>. Fecha de consulta: Noviembre 2.016.

FLORES PÉREZ Alfredo: «Los juicios rápidos. Análisis crítico y reformas procesales», R.M.F., N° 6, 1999.

FONT SERRA, Eduardo: «La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal», en *Revista General de Derecho*, núm. 606, Ed. Vicente Augusto y Almela, Madrid, 1995.*Revista General de Derecho*, 1995.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Madrid, 2.014.

GARBERÍ LLOBREGAT, José; «Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 647, Madrid 2004, publicado en Westlaw Aranzadi (BIB 2004/1773)

GARBERÍ LLOBREGAT, José; GIMENO SENDRA, Vicente: *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Ed. Colex, Madrid, 1996

GARBERI LLOBREGAT, José; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Apelación y casación en el proceso civil*. Ed. Colex, Madrid, 1994

GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto: «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia penal y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, Consejo General del Poder Judicial, 2003

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Digesto de Justiniano*, Barcelona, 1897

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: *El recurso de apelación en el proceso civil*. JIMÉNEZ CONDE, F. (Pról.), Ed. Colex, Madrid, 2001.

GARCÍA ZARANDIETA, Serafin: *Estudio sistemático del procedimiento abreviado por delitos menos graves introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, Huelva, 1989

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Las notificaciones electrónicas: algunas cuestiones pendientes a la luz de la normativa europea”, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés;

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; AGUILERA MORALES, María Encarnación (coord.): *La e-Justicia en la Unión Europea*, Ed. Thomson ReutersAranzadi – European Comission, Navarra, 2012

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Los recursos en el proceso civil tras la Ley de Medidas de agilización procesal», en *Revista OTROSÍ* (5ª época), núm. 10, Madrid, abril-junio 2012.

GIMENO SENDRA, José Vicente: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Ed. Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

GIMENO SENDRA, José Vicente: *Proceso Civil Práctico*, 11 T., 4ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2010.

GIMENO SENDRA, José Vicente.: «La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España», en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, ISSN 0211-2744, Ed. La Ley, Madrid, 2002.

GIMENO SENDRA, José Vicente: “Nota urgente a la reforma procesal penal «urgente»”. En *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, ISSN 0213-1137, 1992.

GISBERT POMATA, Marta; ARAGONESES ALONSO, Pedro: *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*. 2ª ed. Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

GISBERT POMATA, Marta: «Una primera aproximación al recurso de apelación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, ISSN 0213-1137, 2000

GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso*, 1: *Teoría general del proceso*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «¿Hacia un futuro proceso penal español? (Notas al hilo de la Ley Orgánica 7/1988)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1543, Madrid, 1989.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBÁN, Juan Manuel: *Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales*, T. I-III, Ed. Librería de Sánchez, Madrid, 1861

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho Procesal Civil*, Vol. I., 8ª ed., Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1959

GÓMEZ RECIO, Fernando: «La sentencia 167/2002 del TC o como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal», en *Revista La Ley*, núm. 5766, Ed. La Ley, Madrid, 2003

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero 2.010 (Impugnación de la sentencia en el escrito de oposición a la apelación -*adhesión a la apelación*- por quien consta como apelante en el proceso: momento procesal para apelar en caso de pluralidad de recursos)», inédito.

GRAU PÉREZ, José Alberto: *La impugnación del inicialmente apelado. Adhesión a la apelación*, 1ª ed., Ed. Dijusa, Madrid, 2005.

GUASP DELGADO, Jaime: *Derecho Procesal Civil*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUASP DELGADO, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I-III, Ed. M. Aguilar, Madrid, 1950.

GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Faustino: «La reforma del proceso penal español y el reciente movimiento codificador», en *Justicia Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, ISSN 0211-7754, 1990.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro: «Los recursos ordinarios y extraordinarios», en BANACLOCHE PALAO, Julio (coord.): *Los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2012.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: «Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 2, ISSN 0213-1137, 1999.

HOYA COROMINA, José: *El Recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1969

IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993

IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1979

IGLESIAS MACHADO, Salvador: *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012

JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, Ed. SEPIN, Madrid, 2002.

JORGE BARREIRO, Agustín: «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en *Jueces para la democracia*, núm. 48, ISSN 1133-0627, 2003

JUSTINIANO: *Digesto*. GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (Trad. y Comp.): *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T. II y III, Barcelona, 1889.

LARA LÓPEZ, Antonio María: *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014

LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, Vol. I-II, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, 1998

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I-II, 6ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014

LÓPEZ SIMÓ, Francisco; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *Lecciones de Derecho procesal*, Vol. III.1, Ed. Universitat de les Illes Balears., Palma de Mallorca, 2.009.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco: *Disposiciones generales sobre la prueba*, La Ley, Madrid, 2001

LÓPEZ SIMÓ, Francisco: *Jurisdicción por razón de la materia: tratamiento procesal*, Trivium, 1991.

LORCA GARCIA, José: «Examen del recurso de apelación establecido en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en el procedimiento por delitos cuyo fallo les compele», en *Información Jurídica*, núm. 310, Jul -Sept. 1971

LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015

MACÍA GÓMEZ, Ramón: “Los juicios rápidos en la reforma del procedimiento abreviado”. En *Cuestiones de derecho procesal penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MAGRO SERVET, Vicente: *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, Madrid, La Ley, 2009.

MAGRO SERVET, Vicente: «El pacto de Estado de la justicia y la apuesta por los 52 juicios rápidos», en *Revista La Ley*, núm.5494, Madrid, 2002

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-02 (2008), ISSN 1695-0194

MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1.880*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, CATALÁ POLO, R. (Pról.), Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «Aproximación crítica al procedimiento penal directísimo (Anteproyecto de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)», en *Actualidad Penal*, N° 1, 1992

MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: «La nueva reforma del Título III del Libro IV de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal hecha por la Ley 7/1988, del 28 de diciembre: el denominado procedimiento abreviado para determinados delitos», en *Revista del Foro Canario*, núm. 76, 1989.

MARTÍN OSTOS, José de los Santos: «La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ISSN 0211-7754, núm. 4, 1989

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación y de revisión penal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

MARTÍNEZ VAL, José María: «Reconvención y adhesión a la apelación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1965.

MONJE BALMASEDA, Óscar: «La valoración de las pruebas personales en el recurso de apelación civil», en: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *La prueba judicial*. Ed. La Ley, Madrid, 2011.

MOMMSEN, Teodoro: *El Derecho Penal Romano*, Vol. I-II, Ed. Analecta, Pamplona, 1999

MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José: *Tratado de recursos en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014

MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José: *Tratado de juicio verbal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 24ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*. Ed. Comares, Granada, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso*, Ed. Hispano+-Europea, Barcelona, 1972.

MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 21ª edición, Valencia, 2013

MORENO CATENA, Víctor: «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, ISSN 1888-3443, 2010.

MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Vicente; GIMENO SENDRA, Vicente: *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*. Valencia, 1989

MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993

MUERZA ESPARZA, Julio: *Las reformas procesales penales de 2.015*, 1ª ed. Ed. Aranzadi, Navarra, 2.015.

MUERZA ESPARZA, Julio; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

MUÑOZ ROJAS, Tomás: «Una síntesis del proceso penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988)», en *Actualidad Penal*, núm. 2, 1990.

NAVARRO HERNÁN, Manuel: *Recursos y otros medios de impugnación. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, 1ª ed., Ed. Dijusa, Madrid, 2001.

NOGUEIRA ROIG, Leandro; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, José: «El recurso de apelación civil», en *Revista General del Derecho*, núm. 211, ISSN 0210-0401, 1962

ORESTANO, Riccardo: *L'appello civile in Diritto Romano*, Ed. Giappichelli, Turin, 1952 (rist.1966)

OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana: *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Procesal Civil*. 15ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho jurisdiccional II*, Barcelona, 1994

PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1989.

PASCUAL SERRATS, Rosa: *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal «ad quem»)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PASTOR LÓPEZ, Miguel: «La reforma procesal penal de la Ley de 8 de Abril de 1967», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 4, 1967

PERRY, Stephen R.: «Judicial Obligation Precedent and Common Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 7(2), 1987.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: "La Ley 3/67 y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Información Jurídica*, nº 304, Ene-Mar 1970

PORTERO GARCÍA, Luis; MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *Comentarios a la reforma procesal penal de la L. O. 7/1988 (procedimiento abreviado)*, Ed. Librería Jurídica, Bilbao. 1989

PRADA BENGEOA, Pilar de: *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: «Problemas planteados por la inserción de la L. O. 7/1988, en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, ISSN 0211-7754, 1990.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: «La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal». En ABEL LLUCH, X;

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Coord.): *Estudios sobre prueba penal*, Cap. VIII, Vol. III, 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2013

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: «Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 8014, febrero de 2013

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. Barcelona, Ed. Cedecs, 1998.

RIVES SEVA, José María. *El recurso de apelación y la segunda instancia*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

RIVES SEVA, José María: «El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre», en *Poder Judicial*, 2ª Época, núm. 19. 1990

ROCCO, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal*, Vol. I-III, Ed. Temis, Buenos Aires, 1973.

RODRÍGUEZ CAMACHO, Nuria: *La adhesión al recurso de apelación civil*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2017.

RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, 1ª ed., Universidad Rey Juan Carlos, Ed. Dykinson, Madrid, 2008

RODRIGUEZ-ENNES, Luis: «La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana», en “*Studi in onore di Arnaldo Biscardi*”, T IV, Instituto Editoriale Cisalpino-Goliardica, Milano, 1983

ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Vol. I-II, Ara Editores, Perú, 2007.

RUIZ MORENO, José María: *La adhesión a los recursos de apelación y casación en el proceso penal*. 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2014

SÁNCHEZ PURIFICACIÓN, Juan Manuel: «Juicios rápidos: dos años después». En *Actualidad Penal*, núm. 33, 1994.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: «Facultades de valoración del Tribunal *ad quem* (especial referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002)», en *Estudios de derecho judicial. Ejemplar dedicado a: los recursos de casación y apelación en el orden penal*, núm. 101, ISSN 1137-3520, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

SANFILIPPO, Cesare: *Instituzioni di Diritto Romano*, 10ª Ed., Rubbettino Editore, 2002

SANJURJO RÍOS, Eva Isabel: «La instauración general de la segunda instancia penal y sus consecuencias procesales». En: FUENTES SORIANO, Olga (Coord.), *El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Del recurso de casación», CORTÉS DOMÍNGUEZ, (Coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.

SUAU MOREY, Jaime: «La adhesión en los recursos penales y la defensa de la Constitución (derechos fundamentales)», en *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, Número 12, 2014

SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en proceso penal*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995

TAPIA, Eugenio: *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*. T. I-VIII, Ed. Boix, Madrid, 1841.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*. 1ª ed., Cuadernos Civitas, Ed. Thomson-Reuters, Navarra, 2011

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel.; LÓPEZ SIMÓ, Francisco: *Lecciones de Derecho procesal*, Vol. III.1, Ed. Universitat de les Illes Balears., Palma de Mallorca, 2.009.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos», en *Revista General de Derecho*, nº 610-611, ISSN 0210-0401, 1995.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal (estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013)*, Ed. Colex, Madrid, 2013.

TORIBIO FUENTES, Fernando; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª ed., Ed. LexNova, Valladolid, 2012

VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: «La segunda instancia en el proceso penal: antecedentes históricos», en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, Vol. 7, 1998. Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/10347/7662>

VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación penal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “El proceso penal. Dos años de juicios rápidos”, en *Studia Iuridica. Ejemplar dedicado al proceso penal*, núm. 11 (S), Barcelona, 1995.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia e íntima convicción del juzgador (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984

VICENTE Y CARAVANTES, José de: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, T. I-IV, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1856.

VIDAL HERRERO, Álvaro: *La apelación «reconvencional»*, en http://epirnts.ucm.es/13401/TFMO-La_apelaci%C3%B3n_reconvencional.pdf (fecha última de la consulta: 8 de octubre de 2012)

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco Antonio: *La apelación de la sentencia en el juicio con jurado. Estudio del recurso establecido por la L.O 5/1995 del Tribunal del Jurado*, Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, José Manuel: «¿Es la inmediación judicial causa de indefensión para las partes?», en *Actualidad jurídica*, Aranzadi núm. 776

JURISPRUDENCIA ESTUDIADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Caso *Hernández Rojo* contra *España*, Sección 3ª, demanda 16033/2012, sentencia de 20 de septiembre de 2016
- Caso *Porcel Terribas y otros* contra *España*, Sección 3ª, demanda 47530/2013, sentencia de 8 de marzo de 2016
- Caso *Pérez Martínez* contra *España*, Sección 3ª, demanda 26023/2010, sentencia de 23 de febrero de 2016
- Caso *Sainz Casla* contra *España*, Sección 3ª, demanda 18054/2010, sentencia de 12 de noviembre de 2013
- Caso *Naranjo Acebedo* contra *España*, Sección 3ª, demanda 35348/2009, sentencia de 22 de octubre de 2013
- Caso *Nieto Macero* contra *España*, Sección 3ª, demanda 26234/2012, sentencia de 8 de octubre de 2013
- Caso *Román Zurdo y otros* contra *España*, Sección 3ª, demandas 28399/2009 y 51135/2009, sentencia de 8 de octubre de 2013
- Caso *Vilanova Goterris y Llop García* contra *España*, Sección 3ª, demandas 5606/09 y 17516/09, sentencia de 27 de noviembre de 2012
- Caso *Serrano Contreras* contra *España*, Sección 3ª, demanda 49183/08, sentencia de 20 de marzo de 2012
- Caso *Valbuena Redondo* contra *España*, Sección 3ª, demanda 21460/2008, sentencia de 13 de diciembre de 2011
- Caso *Lacadena Calero* contra *España*, Sección 3ª, demanda 23002/2007, sentencia de 22 de noviembre de 2011
- Caso *Almenara Hernández* contra *España*, Sección 3ª, demanda 16096/08, sentencia de 25 de octubre de 2011
- Caso *García Hernández* contra *España*, Sección 3ª, demanda 15256/07, sentencia de 26 de noviembre de 2010
- Caso *Sandor Lajos Kiss* contra *Hungría*, Sección 2ª, demanda 26958/2005, sentencia de 29 de septiembre de 2009
- Caso *Igual Coll* contra *España*, Sección 3ª, demanda 37496/2004, sentencia de 10 de marzo de 2009

- Caso *Bazo González* contra *España*, Sección 3ª, demanda 30643/04, sentencia de 16 de diciembre de 2008
- Caso *Marcelo Viola* contra *Italia*, Sección 3ª, demanda 45106/2004, sentencia de 5 de octubre de 2006
- Caso *Iliescu y Chiforec* contra *Rumanía*, Sección 3ª, demanda 77361/2001, sentencia de 1 de diciembre de 2005
- Caso *Hermi* contra *Italia*, Sección 4ª, demanda 18114/2002, sentencia de 28 de junio de 2005
- Caso *Dondarini* contra *San Marino*, Sección 2ª, demanda 50545/1999, sentencia de 6 de julio de 2004
- Caso *Forcellini* contra *San Marino*, Sección 2ª, demanda 34657/1997, sentencia de 15 de julio de 2003
- Caso *De Biagi* contra *San Marino*, Sección 2ª, demanda 36451/1997, sentencia de 15 de julio de 2003
- Caso *Tierce y otros* contra *San Marino*, Sección 1ª, demandas 14954/1994, 24971/1994 y 24972/1994, sentencia de 25 de julio de 2000
- Caso *Constantinescu* contra *Rumania*, Sección 1ª, demanda 28871/1995, sentencia de 27 de junio de 2000
- Caso *Michael Edward Cooke* contra *Austria*, Sección 3ª, demanda 25878/1994, sentencia de 8 de febrero de 2000
- Caso *Ekbatani* contra *Suecia*, demanda 10563/2003, sentencia de 26 de mayo de 1988

Tribunal Constitucional:

- Sala Primera, sent. núm. 172/2016, de 17 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 105/2016, de 6 de junio
- Sala Segunda, sent. núm. 223/2015, de 2 de noviembre
- Sala Segunda, sent. núm. 112/2015, de 8 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 55/2015, de 16 de marzo
- Sala Segunda, sent. núm. 105/2014, de 23 de junio
- Sala Pleno, sent. núm. 88/2013, de 11 de abril
- Sala Pleno, sent. núm. 22/2013, de 31 de enero
- Sala Segunda, sent. núm. 46/2011, de 11 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 16/2011, de 28 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 126/2010, de 29 de noviembre
- Sala Segunda, sent. núm. 2/2010, de 11 de enero
- Sala Segunda, sent. núm. 160/2009, de 29 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 120/2009, de 18 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 100/2009, de 27 de abril
- Sala Primera, sent. núm. 16/2009, de 26 de enero
- Sala Pleno, sent. núm. 141/2008, de 30 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 64/2008, de 26 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 60/2008, de 26 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 203/2007, de 24 de septiembre
- Sala Primera, sent. núm. 74/2006, de 13 de marzo
- Sala Segunda, sent. núm. 328/2006, de 20 de noviembre
- Sala Segunda, sent. núm. 234/2006, de 17 de julio
- Sala Segunda, sent. núm. 158/2006, de 22 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 116/2006, de 24 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 92/2006, de 27 de marzo

- Sala Primera, sent. núm. 310/2005, de 12 de diciembre
- Sala Primera, sent. núm. 178/2005, de 4 de julio
- Sala Segunda, sent. núm. 170/2005, de 20 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 143/2005, de 6 de junio
- Sala Pleno, sent. núm. 123/2005, de 12 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 46/2005, de 28 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 10/2004, de 9 de febrero
- Sala Primera, sent. núm. 157/2003, de 15 de septiembre
- Sala Segunda, sent. núm. 105/2003, de 2 de junio
- Sala Segunda, sent. núm. 80/2003, de 28 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 28/2003, de 10 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 200/2002, de 28 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 198/2002, de 28 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 170/2002, de 30 de septiembre
- Sala Pleno, sent. núm. 167/2002, de 18 de septiembre
- Sala Primea, sent. núm. 139/2002, de 3 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 120/2002, de 20 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 70/2002, de 3 de abril
- Sala Primera, sent. núm. 223/2001, de 5 de noviembre
- Sala Primera, sent. núm. 114/2001, de 7 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 6/2001, de 15 de enero
- Sala Segunda, sent. núm. 258/2000, de 30 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 212/2000, de 18 de septiembre
- Sala Segunda, sent. núm. 200/2000, de 24 de julio
- Sala Segunda, sent. núm. 79/2000, de 27 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 17/2000, de 31 de enero
- Sala Primera, sent. núm. 16/2000, de 16 de enero

- Sala Primera, sent. núm. 221/1999, de 29 de noviembre
- Sala Primera, sent. núm. 196/1999, de 25 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 120/1999, de 28 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 56/1999, de 12 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 32/1999, de 8 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 10/1999, de 8 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 8/1999, de 8 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 216/1998, de 16 de noviembre
- Sala Primera, sent. núm. 145/1998, de 30 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 41/1998, de 24 de febrero
- Sala Segunda, sent. núm. 37/1998, de 17 de febrero
- Sala Primera, sent. núm. 9/1998, de 13 de enero
- Sala Primera, sent. núm. 172/1997, de 14 de octubre
- Sala Primera, sent. núm. 162/1997, de 3 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 76/1997, de 21 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 43/1997, de 10 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 59/1997, de 18 de marzo
- Sala Pleno, sent. núm. 211/1996, de 17 de diciembre
- Sala Segunda, sent. núm. 142/1996, de 16 de septiembre
- Sala Segunda, sent. núm. 149/1995, de 16 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 84/1995, de 5 de junio
- Sala Pleno, sent. núm. 58/1995, de 10 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 3/1995, de 10 de enero
- Sala Primera, sent. núm. 279/1994, de 17 de octubre
- Sala Primera, sent. núm. 64/1993, de 1 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 136/1992, de 13 de octubre
- Sala Primera, sent. núm. 83/1992, de 28 de mayo

- Sala Primera, sent. núm. 82/1992, de 28 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 56/1992, de 8 de abril
- Sala Primera, sent. núm. 140/1991, de 20 de junio
- Sala Segunda, sent. núm. 51/1991, de 11 de marzo
- Sala Primera, sent. núm. 118/1991, de 23 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 161/1990, de 19 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 40/1990, de 12 de marzo
- Sala Segunda, sent. núm. 120/1989, de 3 de julio
- Sala Segunda, sent. núm. 242/1988, de 19 de diciembre
- Sala Primera, sent. núm. 202/1988, de 31 de octubre
- Sala Primera, sent. núm. 143/1988, de 12 de julio
- Sala Segunda, sent. núm. 116/1988, de 20 de junio
- Sala Segunda, sent. núm. 91/1988, de 20 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 186/1987, de 23 de noviembre
- Sala Primera, sent. núm. 165/1987, de 27 de octubre
- Sala Primera, sent. núm. 91/1987, de 3 de junio
- Sala Primera, sent. núm. 79/1987, de 27 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 53/1987, de 7 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 15/1987, de 11 de febrero
- Sala Primera, sent. núm. 6/1987, de 28 de enero
- Sala Primera, sent. núm. 3/1987, de 7 de mayo
- Sala Segunda, sent. núm. 115/1986, de 6 de octubre
- Sala Segunda, sent. núm. 84/1985, de 8 de julio
- Sala Primera, sent. núm. 65/1985, de 23 de mayo
- Sala Primera, sent. núm. 54/1985, de 18 de abril
- Sala Segunda, sent. núm. 18/1985, de 11 de febrero
- Sala Primera, sent. núm. 69/1984, de 11 de junio

- Sala Primera, sent. núm. 12/1981, de 10 de abril
- Sección 2ª, auto núm. 132/1999, de 13 de mayo
- Sección 2ª, auto núm. 121/1995, de 5 de abril

Tribunal Supremo:

- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 124/2017, de 24 de febrero
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 707/2016, de 25 de noviembre
- Sala de lo Civil, sent. núm. 676/2016, de 16 de noviembre
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 243/2016, de 13 de abril
- Sala de lo Civil, Pleno, sent. núm. 532/2013 de 19 septiembre
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 481/2010, de 25 de noviembre
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 737/2010, de 24 de noviembre
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 869/2009, de 18 de enero de 2.010.
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 865/2009, de 13 de enero de 2.010
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 196/2009, de 6 de abril
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 877/2009, de 19 de febrero
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 1083/2007 de 9 octubre
- Sala de Civil, Sección1ª, sent. núm. 108/2007 de 13 febrero
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 38/2006, de 8 de febrero
- Sala de lo Civil, sent. núm. 236/2002, de 15 de marzo de 2.002
- Sala de lo Civil, sentencia de 20 de abril de 1992
- Sala de lo Civil, sentencia de 6 de junio de 1992
- Sala de lo Civil, sentencia de 20 de marzo de 1991
- Sala de lo Civil, sentencia de 10 de junio de 1.991
- Sala de lo Civil, sentencia de 23 de marzo de 1988
- Sala de lo Civil, sentencia de 20 de junio de 1.942
- Sala de lo Contencioso-Administrativo, auto de 7 de marzo de 1988
- Sala de lo Contencioso-Administrativo, auto de 20 de julio de 1992
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 41/2017, de 31 de enero
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 17/2017, de 20 de enero
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 1000/2016, de 17 de enero de 2.017

- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 990/2016, de 12 de enero de 2017
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 892/2016, de 25 de noviembre
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 767/2016, de 14 de noviembre
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 845/2016, de 8 de noviembre
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 517/2016, de 14 de junio
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 24/2016, de 28 de enero
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 555/2014, de 10 de julio
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 323/2013, de 23 de abril
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 92/2010, de 11 de febrero de 2010
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 8/2010, de 20 de enero
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 1145/2006, de 23 de noviembre.
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 841/2006, de 8 de noviembre
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 842/2006, de 7 de noviembre
- Sala de lo Penal, sent. núm. 807/2005, de 22 de junio
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 265/2005, de 1 de marzo
- Sala de lo Penal, sent. núm. 264/2005, de 1 de marzo
- Sala de lo Penal, sent. núm. 183/2005, de 18 de febrero
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 867/2004, de 2 de julio
- Sala de lo Penal, sent. núm. 474/2004, de 13 de abril
- Sala de lo Penal, sent. núm. 37/2003, de 22 de enero
- Sala de lo Penal, sent. núm. 692/2002, de 18 de abril
- Sala de lo Penal, auto de 14 de diciembre de 2001
- Sala de lo Penal, Sección 1ª, sent. núm. 996/2001, de 1 de junio
- Sala de lo Penal, auto de 17 de febrero de 2000
- Sala de lo Penal, sent. núm. 1023/1999, de 23 de junio
- Sala de lo Penal, sent. núm. 1189/1998, de 14 de octubre
- Sala de lo Penal, sent. núm. 364/1998, de 11 de marzo

- Sala de lo Penal, sent. núm. 1244/1992, de 30 de mayo
- Sala de lo Penal, sent. núm. 521/1992, de 11 de mayo
- Sala de lo Penal, sentencia de 11 de julio de 1991

Tribunales Superiores de Justicia:

- Asturias, Sala Penal, Sección 1ª, núm. 3/2016, de 23 de diciembre
- País Vasco, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 5/2015, de 17 de diciembre
- Asturias, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 3/2015, de 19 de marzo
- Asturias, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 1/2015, de 17 de febrero
- Asturias, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 7/2014, de 12 de diciembre
- Asturias, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 3/2014, de 3 de junio
- Las Palmas de Gran Canaria, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 8/2012, de 24 de octubre
- Asturias, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 1/2011, de 29 de marzo
- País Vasco, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, sent. de 4 de febrero de 1998
- País Vasco, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 2/1998, de 25 de enero
- País Vasco, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, sent. de 23 de octubre de 1997
- País Vasco, Sala Penal, núm. 3/1997, de 23 de octubre
- País Vasco, Sala Penal, 2/1997, de 26 de junio

Audiencias Provinciales.-

- Álava, Sección 2ª, sent. núm. 21/2007, de 31 de enero
- Alicante, Sección 9ª, Civil, sent. núm. 263/2016, de 10 de junio
- Alicante, Sección 8ª, Civil, auto núm. 94/2016, de 10 de junio
- Alicante, Sección 9ª, Civil, sent. núm. 265/2016, de 27 de mayo
- Alicante, Sección 8ª, Civil, sent. núm. 93/2016, de 14 de abril
- Alicante, Sección 7ª, Penal, sent. núm. 178/2007, de 7 de mayo
- Alicante, Sección 7ª, Penal, sent. núm. 502/2006, de 27 de septiembre
- Alicante, Sección 6ª, Civil, sent. núm. 150/2004, de 4 de marzo
- Alicante, Sección 6ª, Civil, sent. núm. 429/2002, de 11 de julio
- Asturias, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 109/2016, de 11 de abril
- Asturias, Sección 5ª, Civil, auto núm. 18/2002, de 19 de febrero
- Badajoz, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 191/2016, 19 de septiembre
- Barcelona, Sección 1ª, Civil, núm. 387/2016, de 11 de octubre
- Barcelona, Sección 11ª, Civil, sent. núm. 132/2016, de 5 de mayo
- Barcelona, Sección 15ª, Civil, sent. núm. 89/2016, de 19 de abril
- Barcelona, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 141/2016, de 4 de abril
- Barcelona, Sección 17ª, Civil, auto núm. 78/2016, de 3 de marzo
- Barcelona, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 85/2016, de 26 de febrero
- Barcelona, Sección 17ª, Civil, sent. núm. 69/2016, de 17 de febrero
- Barcelona, Sección 13ª, Civil, auto núm. 130/2005, de 4 de mayo
- Barcelona, Sección 13ª, Civil, auto de 15 de abril de 2002
- Bilbao, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 90223/2016, de 31 de agosto
- Bilbao, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 102/2016, de 17 de febrero
- Burgos, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 372/2016, de 15 de noviembre
- Burgos, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 303/2016, de 13 de septiembre

- Burgos, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 34/2010, de 28 de enero
- Cádiz, Sección 4ª, Penal, sent. núm. 162/2015, de 10 de junio
- Cantabria, Sección 3ª, Penal, sent. núm. 111/2003, de 22 de diciembre
- Castellón, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 10/2011, de 14 enero
- Castellón, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 325/2010, de 22 octubre
- Castellón, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 108/2010, de 17 junio
- Córdoba, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 606/2016, de 16 de noviembre
- Córdoba, Sección 1ª, Civil, auto núm. 466/2016, de 8 de noviembre
- Córdoba, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 567/2016, de 3 de noviembre
- Cuenca, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 28/2016, de 12 de julio
- Huelva, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 272/2016, de 30 de mayo
- Huelva, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 214/2016, de 4 de mayo
- La Coruña, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 452/2016, de 18 de julio
- La Coruña, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 218/2016, de 16 de junio
- La Coruña, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 263/2016, de 27 de abril
- La Coruña, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 227/2016, de 13 de abril
- La Coruña, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 102/2016, de 11 de marzo
- La Coruña, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 63/2016, de 17 de febrero
- La Coruña, Sección 2ª, Penal, sent. núm. 343/2015, de 19 de mayo
- La Coruña, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 719/2014, de 10 de diciembre
- Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, Civil, sent. núm. 252/2016, de 1 de junio
- León, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 59/2009, de 20 febrero
- Lérida, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 256/2016, de 2 de junio
- Lérida, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 112/2016, de 2 de marzo
- Lérida, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 381/2015, de 19 de octubre
- Lérida, Sección 1ª, Penal, sent. núm. 29/2015, de 29 de enero
- Lérida, Sección 1ª, Penal, auto núm. 521/2012, de 15 de noviembre

- Madrid, Sección 27ª, Penal, sent. núm. 748/2016, de 22 de diciembre
- Madrid, Sección 30ª, Penal, sent. núm. 623/2016, de 13 de septiembre
- Madrid, Sección 27ª, Penal, sent. núm. 735/2016, de 20 de diciembre
- Madrid, Sección 9ª, Civil, sent. núm. 382/2016, de 28 de junio
- Madrid, Sección 8ª, Civil, sent. núm. 39/2016, de 1 de febrero
- Madrid, Sección 17ª, Penal, sent. núm. 224/2014, de 12 de febrero
- Madrid, Sección 10ª, Civil, auto núm. 415/2009, de 4 diciembre
- Madrid, Sección 10ª, Civil, auto núm. 414/2009, de 18 noviembre
- Madrid, Sección 10ª, Civil, sent. núm. 569/2009, de 20 octubre
- Madrid, Sección 10ª, Civil, sent. núm. 259/2009, de 24 abril
- Madrid, Sección 21ª, Civil, sent. núm. 129/2009, de 18 de marzo
- Madrid, Sección 10ª, Civil, sent. núm. 52/2008, de 21 enero
- Madrid, Sección 28ª, Civil, sent. núm. 43/2006, de 7 de abril
- Málaga, Sección 5ª, Civil, sent. núm. 194/2016, de 21 de abril
- Málaga, Sección 6ª, Civil, sent. núm. 599/2010, de 17 noviembre
- Murcia, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 502/2016, de 15 de septiembre
- Murcia, Sección 2ª, Penal, sent. núm. 279/2016, de 3 de mayo
- Murcia, Sección 2ª, Penal, sent. núm. 210/2016, de 19 de abril
- Murcia, Sección 3ª, Penal, sent. núm. 413/2015, de 9 de octubre
- Navarra, Sección 2ª, Penal, sent. núm. 288/2016, de 21 de diciembre
- Navarra, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 114/2006, de 28 de junio
- Palma de Mallorca, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 381/2016, de 23 de noviembre
- Palma de Mallorca, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 115/2016, de 19 de abril
- Palma de Mallorca, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 105/2016, de 18 de abril
- Pontevedra, Sección 4ª, Penal, sent. núm. 185/2015, de 30 de septiembre
- Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, Penal, sent. núm. 171/2016, de 9 de junio
- Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, Penal, sent. núm. 468/2012, de 20 de diciembre

- Santander, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 74/2016, de 10 de febrero
- Sevilla, Sección 6ª, Civil, sent. núm. 229/2016, de 22 de septiembre
- Toledo, Sección 2ª, Civil, sent. núm. 272/1998, de 16 junio
- Valencia, Sección 9ª, Civil, auto núm. 1644/2016, de 9 de noviembre
- Valencia, Sección 9ª, Civil, auto núm. 817/2016, de 18 de mayo
- Vizcaya, Sección 3ª, Civil, sent. núm. 409/2010, de 15 de julio
- Zamora, Sección 1ª, Civil, sent. núm. 160/2008, de 14 octubre
- Zaragoza, Sección 4ª, Civil, sent. núm. 51/2008, de 1 de febrero